

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ETUDE CRITIQUE
du Principe de l'Immutabilité
des Conventions Matrimoniales

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Samedi 7 Juin 1913, à 1 heure 1/2

PAR

André HUGOT

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants { MM. TISSIER.
CARPENTIER.

SAINT-DIZIER

IMPRIMERIE ANDRÉ BRULLIARD

1913

ÉTUDE CRITIQUE
du Principe de l'Immutabilité
des Conventions Matrimoniales

ETUDE CRITIQUE

du Principe de l'Immutabilité

des Conventions Matrimoniales

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 7 Juin 1913, à 1 heure 1/2

PAR

André HUGOT



Président : M. PIÉDELIEVRE.

Suffragants { MM. TISSIER.
CARPENTIER.

SAINT - DIZIER

IMPRIMERIE ANDRÉ BRULLIARD

1913

INTRODUCTION

A la base de notre législation se trouve le principe de la liberté des conventions proclamé par l'article 1134 de notre code civil.

Liberté pour les parties de se lier par tels rapports de droit qu'il leur plaira dans les limites de la morale et de l'ordre public. Liberté de se délier mutuellement des mêmes rapports ou de les modifier à leur guise. Ainsi qu'un contrat se forme aujourd'hui, demain l'état de choses juridique qu'il vient d'établir pourra disparaître ou se transformer par la force d'un nouvel accord entre les contractants. Tel est le droit commun.

En matière de contrat de mariage, il n'en est plus ainsi. Sans doute tant que l'union conjugale n'est point parfaite, les conventions matrimoniales déjà conclues sont, sous les conditions déterminées par les articles 1396 et 1397 de notre code civil, susceptibles de modifications, mais le mariage une fois célébré elles ne peuvent, dit l'article 1395 du même code, recevoir

aucun changement. Le contrat de mariage forme donc une sorte de charte de la famille, charte non révisable, sous l'empire de laquelle il faudra désormais rester. En supposant même que les parties soient d'accord pour modifier ou supprimer telle ou telle règle de cet acte, elles ne le pourront pas. « Ce pacte de famille, écrivait Troplong, n'appartient plus, une fois constitué, à ceux de qui il émane : il est la loi de l'avenir. »

L'immutabilité des conventions matrimoniales est donc un principe de notre droit français actuel. De ce principe, nous allons faire l'étude critique en recherchant d'abord son origine, puis les motifs sur lesquels il s'appuie, ses avantages et ses inconvénients ; enfin, considérant l'utilité de son abandon, nous verrons comment, à ce point de vue, on pourrait modifier notre législation.

ORIGINE DU PRINCIPLE

DROIT ROMAIN

Il est certain tout d'abord que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne remonte pas au *Droit romain*.

Le mariage avec « *manus* » et le mariage sans « *manus* » existèrent à Rome longtemps côte à côte. Entre ces deux régimes matrimoniaux il y avait de graves différences (1)... or il était possible aux époux de passer de l'un à l'autre.

Examinons en effet les modes d'acquisition de la « *manus* » : si nous exceptons la « *confarreatio* » qui, par ses rites solennels et religieux, indique qu'elle

(1) La femme « *in manu mariti* » n'a rien à elle, ce qu'elle acquiert est acquis au mari ou au père de celui-ci. Ce qu'elle apporte en mariage leur est acquis également. — Au contraire, les acquisitions de la femme mariée « *sine manu* » sont pour elle-même ou pour son père si elle était *alieni juris*. Le mari n'a, en sa qualité de mari, aucun droit sur les biens de sa femme non constitués en dot.

était contemporaine du mariage, nous voyons que les deux autres étaient usuels pour le mari, même après le mariage. Quant à « *l'usus* », quoi de plus facile selon le gré des époux que de se servir ou non de ce moyen ? Il suffisait que la femme n'utilisât pas la « *trium noctium usurpatio* » que lui réservait la loi des « *Douze Tables* », pour qu'elle tombât sous la « *manus* » de son mari. C'était par « *l'usus* » que les époux passaient le plus commodément du mariage « *sine manu* » au mariage « *cum manu* ».

Ce mode encore en vigueur au temps de Cicéron avait disparu lorsque Gaius rédigeait ses Commentaires. La « *coemptio* » au contraire resta le mode usuel et efficace de la « *conventio in manum* » accessible aux époux futurs ou déjà mariés. Si les époux étaient mariés « *cum manu* » le mari pouvait en faire abandon : ici encore il y avait donc possibilité de modifier la situation des époux.

Si nous étudions maintenant le régime de la dot, nous ne voyons encore là aucune immutabilité.

La dot pouvait être non seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage. « *Augeri dotes et post nuptias fuerat permissum... Dotes et constante matrimonio non solum augentur sed etiam*

fiunt », lisons-nous dans les Institutes de Justinien (1). C'était d'ailleurs ce que déclaraient déjà les jurisconsultes Paul et Ulpien (2).

Il était possible également d'affecter la constitution de dot d'un terme ou d'une condition. Paul prévoit le cas où un débiteur de la femme promet la dot sous condition (3) et Julien nous donne la formule d'une stipulation de dot avec terme (4).

Il est même à remarquer que la promesse d'une dot indéterminée, nulle si elle émanait de la femme ou d'un étranger, devenait valable si on se référait pour sa détermination à l'arbitrage du promettant « *quodcumque arbitratus fuisset* ». Si une semblable promesse était faite par le père ou l'aïeul paternel de la femme, elle était valable, même sans se référer à « *l'arbitrium boni viri* », car le juge de l'action « *ex stipulatu* » pouvait fixer le quantum de la dot en se basant sur les facultés du père et la dignité du mari.

Enfin les époux avaient la faculté de modifier la composition de la dot par la « *permutatio dotis* ». Il

(1) II, t. VII, § 3.

(2) Paul, Sent. II, XXI, 1.

Ulpien, Dig., XXIII, III, 7, § 3.

(3) Dig., XXIII, III, 41, § 3.

(4) Dig., XXIII, III, 48.

fallait toutefois que ce fût dans l'intérêt de la femme, et qu'elle ne fût point lésée par cette convention. Les biens dotaux cessaient alors d'être dotaux, et le caractère dotal s'imprimait au contraire sur ceux qui les remplaçaient (1).

Cependant une règle du droit romain est venue, au temps d'Auguste, porter atteinte à la liberté dont jouissaient les époux en matière de dot. Nous voulons parler de la défense de restituer la dot pendant le mariage.

Comme la dot est destinée à subvenir aux charges du mariage, le mari ne peut être contraint à rendre les biens dotaux tant que dure le mariage. Mais, de plus, comme il importe à l'Etat que les femmes retrouvent leur dot à la dissolution du mariage, pour pouvoir contracter une nouvelle union (*Reipublicae interest, mulieres dotes solvas habere, propter quas nubere possint* (2), il fut défendu au mari de restituer, même de son plein gré, la dot pendant le mariage. C'est une mesure prise dans l'intérêt des femmes. Le législateur n'a pas eu confiance dans la façon dont celles-ci pourraient administrer leur dot si elle leur était restituée avant la dissolution de leur mariage.

(1) Voir L. L. 26 et 27. Dig., XXIII, 3.

(2) L. 2, Dig., XXIII, 3.

Il a redouté de leur part des dépenses inutiles ou exagérées.

On ne peut donc pas considérer cette interdiction comme inspirée d'une idée d'immutabilité des conventions matrimoniales. Du reste, la prohibition de rendre la dot au cours du mariage, battue en brèche par de nombreuses exceptions, ne devait avoir qu'une durée éphémère. Justinien l'abolit dans les cas où il y avait « *donatio propter nuptias* », c'est-à-dire dans presque tous les cas.

Mais cette « *donatio propter nuptias* » elle-même pouvait-elle être constituée pendant le mariage ? pouvait-elle, durant cette époque, subir des modifications ?

Pour elle, il faut distinguer deux périodes. Dans la première période, la « *donatio propter nuptias* », qui portait primitivement le nom de « *donatio ante nuptias* », était une donation faite à la femme avant le mariage par le mari ou par un tiers. Elle était conditionnelle, soumise à la condition « *si nuptiæ secutæ fuerint* ». Elle ne pouvait alors être ni constituée ni augmentée, ni diminuée pendant le mariage.

Mais à partir de Théodose le Grand, la « *donatio ante nuptias* » perdit peu à peu les caractères de la donation pour prendre ceux de la dot. En se déve-

loppant, elle finit par donner à la femme des avantages analogues à ceux que le mari obtenait par la dot. Elle devint ainsi une contre-dot, « *antipherna* », comme le dit textuellement le Code. Aussi l'empereur Justin décida qu'une telle donation pourrait être faite, augmentée ou diminuée pendant le mariage, sauf dans certains cas (1). Justinien alla plus loin encore et assimila complètement, au point de vue de la restitution, la dot et la « *donatio ante nuptias* », qu'il appelle désormais « *donatio propter nuptias* ». Finalement, ces donations sont tellement assimilées à la dot, qu'il suffira que des modifications soient apportées à celle-ci pour qu'elles s'appliquent de plein droit à celles-là.

Avant de quitter le droit romain, nous remarquerons que les donations entre époux, qui jusque-là avaient été valables, furent, sous l'influence de la coutume, prohibées vers la fin de la République. Les motifs de cette prohibition, indiqués par les jurisconsultes romains (2), sont les suivants. On voulait empêcher l'un des époux d'abuser de l'influence acquise sur son conjoint pour se faire faire des libéralités. On craignait encore, à une époque où les

(1) L. 19, C. V, 3.

(2) L. L. 1 et 2 Dig. 24, 1.

divorces devenaient très nombreux, que l'un des époux n'arrachât des donations à la faiblesse de l'autre en le menaçant de le répudier.

Il eût été logique après cela de rendre immuables les conventions matrimoniales. Il était en effet aussi dangereux de permettre aux époux de modifier la dot que de se faire des donations. Nous avons vu qu'il n'en était rien. La constitution de dot faite « *ad onera matrimonii sustinenda* » possède, du moins au regard du mari, le caractère d'un acte à titre onéreux et peut être faite ou augmentée pendant le mariage.

Ainsi on ne trouve nulle trace chez les jurisconsultes romains de la théorie de l'immutabilité ; ils ne proclament pas le principe, ils ne le rejettent pas non plus catégoriquement ; ils l'ignorent et ne paraissent pas s'en être jamais occupés.

DROIT FRANC

Si elle ne nous vient pas du droit romain, l'immutabilité des conventions matrimoniales a-t-elle son origine dans le « *droit franc* » ?

La question s'agite principalement autour d'un

texte que M. Kuntz (1) qualifie faussement de premier capitulaire de Dagobert, et qui n'est autre que la loi ripuaire en son chapitre 37, n° 1. Voici ce que dit le texte : « *Si quis mulierem desponsaverit quidquid ei per tabularum seu cartorum instrumenta conscripserit, perpualiter inconvulsus permaneat* » (2).

M. Kuntz voit dans ce passage l'origine du principe de l'immutabilité. Pour lui, l'hypothèse prévue est la suivante : « Un homme sur le point de prendre une femme pour épouse, fait dresser acte de tout ce qu'il lui donne. Désormais, il ne sera plus permis de modifier les clauses de cet acte, soit en augmentant, soit en diminuant les libéralités qui y sont inscrites ». A l'appui de cette traduction, il fait remarquer que le mot « *inconvulsus* » est synonyme d'« *inviolabilis* », d'« *immutabilis* ». Il ajoute encore que l'hypothèse prévue au texte est conforme aux habitudes des

(1) Revue génér. de droit et de législation, année 1881, p. 22.

(2) Ce texte est relatif à la dot apportée par le mari.

En effet, les conventions matrimoniales considéraient surtout la dot promise par le mari. S'occupaient-elles d'autre chose ? Le mari pouvait-il, par le « *libellus dotis* », fixer la part de conquêts de la femme en modifiant la proportion indiquée par la loi ripuaire (*tertiam partem de omni re quam simul collaboraverunt*) ? Sur cette question les auteurs ne sont pas d'accord. Même s'il était démontré que le mari jouissait de la liberté de fixer à son gré la part de la femme dans les acquêts, il resterait à prouver que cette fixation, faite par le « *libellus dotis* », ne pouvait plus être changée par la suite. Et de cela, la preuve n'est pas faite.

Francs. Chez eux comme chez les Germains, ce n'était pas la femme qui apportait une dot à son mari, mais le mari qui l'apportait à sa femme. De plus, il était d'usage de rédiger un « *libellus dotis* », sorte de contrat de mariage, dans lequel le mari consignait tout ce qu'il donnait à sa femme en l'épousant.

Cependant ce paragraphe de la loi ripuaire est susceptible d'une autre interprétation. D'après l'opinion générale, il signifie simplement que la dot promise par le mari, et pour le chiffre de laquelle toute liberté lui est laissée, ne pourra plus être révoquée après le mariage et devra toujours rester aux mains de la femme. Tel paraît bien être le sens de ces paroles : « La dot doit *perpetualiter inconvulsa permanere* ». Est établie ainsi l'irrévocabilité des donations entre époux, mais non l'immutabilité des conventions matrimoniales comme le voudrait M. Kuntz. Avec lui, nous reconnaitrons que le mari ne pouvait diminuer les libéralités qu'il avait faites à sa femme — et ce sera en vertu de la première règle, non de la seconde — mais nous n'admettrons pas l'impossibilité d'augmenter ces mêmes libéralités.

Nous voyons, en effet, par les formules de donations qui nous ont été conservées, que cette augmentation de libéralités se faisait fréquemment. Il ne faut

pas oublier, du reste, que les donations entre époux étaient possibles et largement développées chez les Germains. Elles échappaient à la réserve de la révocabilité admise par notre loi actuelle.

Enfin, voici une autre considération qui vient combattre l'opinion de M. Kuntz. Si l'immutabilité avait vraiment son origine dans la loi ripuaire, on aurait dû la retrouver dès avant le ^{xiii}^e siècle où nous la voyons formulée. Ses conséquences (impossibilité de modifier les donations faites par contrat de mariage) auraient dû s'appliquer du ^{viii}^e au ^{xiii}^e siècle. Or, dans cette période, on n'en rencontre pas d'applications. Bien plus, nous possédons des documents de cette époque qui viennent prouver que l'immutabilité n'existait pas. Telles sont notamment les deux chartes n^{os} 1412 et 1413 du cartulaire de Cluny (1).

DROIT DES COUTUMES

Où donc faut-il chercher alors l'origine de notre principe ? C'est dans la « *coutume* » qui, durant tout notre ancien droit, a joué un rôle capital.

(1) Voir thèse Thuillier, Paris 1912, pp. 38 et 39.

Tout d'abord, il est impossible de parler d'immuabilité des conventions matrimoniales dans un pays où ces conventions ne peuvent être fixées librement par les époux. Or, c'était le cas dans nos pays de droit coutumier au XIII^e siècle (1). La communauté, telle qu'elle se trouvait régie par la coutume, s'imposait à tous les gens mariés. La femme, pour se protéger, ne pouvait pas recourir à une séparation de biens judiciaire (2) et les époux, même désunis, voyaient la communauté subsister entre eux (3). Il est évident que les époux ne pouvaient alors apporter aucune dérogation à leur régime matrimonial, mais ce n'était pas en vertu d'une idée d'immuabilité. C'était la résultante des sentiments chrétiens, si puissants à cette époque, qui avaient créé ce régime de communauté et l'avaient organisé comme une conséquence normale du mariage. Et, de même que le mariage était indissoluble, la communauté était irrévocable.

(1) Les pays de droit écrit suivaient les règles du droit romain et n'admettaient pas le principe de l'immuabilité ; mais, à la différence du droit romain, il était défendu de diminuer la dot pendant le mariage. « Il n'y a, dit Roussilhe, que les actes qui tendent à diminuer la dot qui soient regardés comme des contre-lettres ; les dons pour augmenter les biens du futur époux, quoique faits hors du contrat de mariage et en l'absence des parents, sont validés. »

(2) Beaumanoir, ch. XXI, § 622.

(3) Beaumanoir, ch. LVII, § 1627 et 9.

Mais on finit par s'apercevoir des inconvénients de ce régime légal et on chercha dès lors, en le modifiant, à l'adapter aux exigences de l'intérêt des époux. Ainsi apparut, dès le ^{xiv}^e siècle, l'usage des clauses de franc et quitte, de forfait, d'attribution de la communauté au mari, d'exclusion de la communauté — moyens employés pour sauvegarder le patrimoine de la femme contre les abus de pouvoir, les dilapidations du mari. On peut même situer au ^{xv}^e siècle le temps où furent connues la plupart des clauses dont le code civil nous donne la liste (1). Enfin, lors de la rédaction des coutumes au ^{xvi}^e siècle, le principe de la liberté des conventions matrimoniales sera reconnu officiellement par plusieurs d'entre elles, tacitement visé par d'autres et en tous cas développé par la pratique (2).

C'est alors qu'il faut nous demander si ces conventions matrimoniales étaient immuables. Ces clauses modificatives ou exclusives de communauté que les époux devaient établir avant leur mariage (cela est déclaré expressément par les premières coutumes mentionnant la liberté des conventions matrimoniales,

(1) Voir thèse Ollier, Paris, 1902. p. 41 et suiv.

(2) Voir : 1^{re} cout. d'Orléans, art. 173. — Cout. de Troyes, art. 83 *in fine*. — Cout. du Berry, titre VIII, art. 8. — Voir thèse Ollier, p. 37 et suiv.

notamment en 1509, par la coutume d'Orléans, art. 173) pouvaient-elles recevoir des changements après ?

Nous ne le croyons pas et cela pour plusieurs raisons.

D'abord en vertu d'une idée de rapport étroit entre le lien de mariage et les conventions pécuniaires des époux. Nos anciens auteurs pensaient que, le lien de mariage étant indissoluble, le régime matrimonial, simple accessoire, ne pouvait être modifié après l'union des époux. « Lors du développement de la liberté des « conventions matrimoniales, dit M. Thuillier, cette « idée amena cette conséquence que le régime des « biens entre époux, qui autrefois, né de la loi, était « immuable durant le mariage, devait le rester même « lorsque les parties auraient dérogé au droit commun « par leurs conventions matrimoniales. La transition « se fit naturellement, l'indissolubilité du lien matrimonial étant alors parfaitement établie, l'immutabilité des conventions pécuniaires, admise par analogie, ne souffrit pas de l'admission de la liberté des « conventions matrimoniales, qui ne s'appliqua qu'avant « le mariage. »

De plus, si nous considérons plusieurs institutions juridiques de cette époque, nous voyons qu'elles s'accordent bien avec le principe de l'immutabilité.

C'est d'abord l'établissement des clauses de remploi qui empêchent les époux de rompre la proportion établie entre les biens propres et les biens communs.

Puis la prohibition des donations entre époux s'introduit dans nos pays coutumiers, à cette époque, sous l'influence du droit romain et de la préoccupation de conserver les biens dans les familles.

Enfin le douaire nous apparaît comme devant être fixé immuablement avant le mariage. La femme qui au ^{xiii}^e siècle pouvait, du moins en théorie, y renoncer semble même ne plus pouvoir le faire à notre époque (1).

Ainsi le respect des conventions matrimoniales a reçu des applications rigoureuses dès les ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles. Il se répandit dans les mœurs; car il apparaissait à nos anciens auteurs comme une garantie de paix et de concorde. « Ceux-ci répétaient volontiers, dit « M. Henry (2), que l'amitié des époux doit subsister « indépendamment de tous intérêts, qu'elle doit se « soutenir par la dignité du lien qui les unit, et que « le vrai moyen d'entretenir l'union des personnes « mariées est de mettre un frein à l'avarice et d'empê- « cher que la cupidité ne livre de part et d'autre des

(1) Sur ces points, voir thèse Thuillier.

(2) Thèse Paris, 1904, li. de législation et de jurisprudence.

« combats continuels. » C'est ce qui explique que, dès l'apparition des recueils d'arrêts et des auteurs coutumiers au xvi^e siècle, la règle de l'immutabilité soit proclamée comme un principe.

« Toutes pactions faites depuis le mariage, contraires à celles portées par le contrat, soit pour stipuler ou dissoudre la communauté, sont nulles, quoique fondées sur la coutume ou sur le droit commun » (1).

Le 11 mai 1563 un arrêt casse la convention par laquelle le mari appelait sa femme au partage égal de la communauté, alors que le contrat de mariage lui donnait seulement le quart de cette communauté (2).

Les coutumes, elles aussi, proclamaient l'immutabilité. « Les conventions de mariage, dit par exemple la coutume d'Oudenarde, qui sont faites dûment avant aucun lien du mariage, le mari et la femme ne les peuvent rompre ni révoquer » (3).

De même, la nouvelle coutume d'Orléans (art. 202), déclare que « en traité de mariage et *avant la foi*

(1) Arrêts du Parlement de Paris des 6 sept. 1551, 14 août 1555 et 7 janv. 1581.

(2) Voir : Brillou, Dictionnaire des arrêts. — Charondas, Réponses, liv. VIII, rép. 32.

(3) Cout. d'Oudenarde, art. 19-21. — Cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 16. — Cout. de Bretagne, art. 220. — Cout. de Bourgogne, tit. IV, art. 7. — Cout. de Paris, art. 282.

« *baillée et bénédiction nuptiale*, homme et femme
« peuvent faire et apposer telles conditions, douaires
« et autres conventions que bon leur semblera ».

La coutume du Hainaut n'est pas moins catégorique : « Après le mariage consommé, le traité et
« devise d'iceluy ne se peuvent changer, altérer, ni
« augmenter » (1).

Certaines coutumes, il est vrai, n'admettaient pas le principe de l'immutabilité, notamment la coutume d'Alsace et celle de Bruxelles. Voici, en effet, comment s'exprimait cette dernière : « Les contrats de
« mariage avec les conditions insérées doivent être
« valides et sortir effet entre les mariés, leurs enfants
« et héritiers, si longtemps qu'ils ne soient dûment
« révoqués par autre contrat, testament ou disposition,
« laquelle révocation se peut faire durant le mariage »
(art. 245).

Néanmoins, à la fin de l'ancien régime, l'immutabilité des conventions matrimoniales était la règle dans la plupart de nos pays de coutume. On était même arrivé à une application de ce principe, presque aussi stricte que la réglementation du Code civil. Les auteurs reconnaissaient du reste unanimement l'immu-

(1) Cout. du Hainaut, chap. XXIX, art. 8.

tabilité des conventions matrimoniales, sauf à ne point s'entendre sur les motifs et l'étendue de cette règle (1).

Somme toute, à la veille de la rédaction du Code civil, notre principe s'était amplement développé, mais il manquait de l'uniformité que devait lui donner le législateur de 1804.

Le droit intermédiaire n'a rien ajouté à notre règle ni à ses conséquences. Aucune des lois de cette époque ne vise l'immutabilité directement. Lors de la rédaction du projet du Code, les jurisconsultes chargés de ce travail mentionnent cette règle de l'immutabilité en ces termes : « Elles (les conventions matrimoniales) « ne peuvent recevoir aucun changement après la « célébration du mariage » (2). Et pour que cette règle ne puisse pas être éludée au moyen de l'antidate d'un acte sous-seing privé (comme cela pouvait avoir lieu dans certains pays de coutume), l'article 2 du même titre décidait : « Toutes conventions matrimo-
« niales doivent être rédigées par acte authentique et
« devant notaire. » Ce texte subit une légère modification. Sur les observations du Tribunat, on supprima le mot « *authentique* » comme inutile à côté

(1) Sur ces divergences, voir Guérin, thèse Paris, 1906, p. 23 et suiv.

(2) Article 3 du chap. I^{er} du titre « *Du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux* », qui est devenu l'article 1395 actuel.

de l'expression « *devant notaire* ». Puis au moment du vote sur la nouvelle rédaction on ajouta cette formule « *avant le mariage* », sur le conseil de Regnault (de Saint-Jean d'Angély), d'éviter ainsi toute équivoque relativement à l'époque du contrat de mariage (aléa 1^{er} de l'article 1394 actuel).

Si nous recherchons quels furent les motifs donnés devant les différentes assemblées en faveur de l'immuabilité, voici ce que le conseiller d'Etat Berlier disait dans son exposé des motifs (1) : « Ces dispositions communes aux deux régimes (régime dotal et communauté) que nous venons d'examiner ont eu pour objet d'empêcher, dans l'un et dans l'autre, des fraudes envers les tiers, telles que celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples. » Et le tribun Siméon tenait le même langage dans son discours au Corps législatif (2) : « Le même motif de leur sûreté réciproque (des époux), de celle de leurs parents et des tiers, écarte tous changements, dérogations ou contre-lettres aux conventions matrimoniales. »

(1) Séance du 10 pluviôse an XII, voir Loaré, t. XIII, p. 276.

(2) Séance du 20 pluviôse an XII, voir Loaré, t. XIII, p. 453.

MOTIFS ET AVANTAGES

du principe de l'immutabilité

1° MOTIFS

Nous avons montré comment le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'était introduit dans notre code. Nous allons rechercher maintenant s'il se justifie par des raisons sérieuses. Ces raisons, nous venons de les voir indiquer au cours des Travaux préparatoires du Code, ce sont l'intérêt des époux et celui des tiers.

On a redouté d'abord l'influence réciproque des époux, motif qui déjà à Rome, expliquait la prohibition de restituer la dot pendant le mariage.

Avant leur union, les époux jouissent d'une complète indépendance et peuvent discuter leurs intérêts en toute liberté ; mais après, il y en a presque toujours un qui domine l'autre. Supposons écrite dans la loi

la faculté de modifier les conventions matrimoniales, le plus fort pourra user de son influence pour amener le plus faible à consentir en sa faveur à tel ou tel changement du contrat de mariage. Sous l'empire de la passion ou de la menace, l'un des époux se laissera peut-être dépouiller du bénéfice d'une clause qu'il avait eu soin de stipuler avant son mariage. Et s'il résiste à un calcul intéressé de son conjoint, ne va-t-il pas faire naître de violentes querelles ; amener la discorde au foyer domestique ? La sagesse du législateur a, dit-on, justement prévu cette hypothèse et voulu, en proclamant l'immutabilité, enlever aux époux cette occasion de disputes.

La jurisprudence française a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler ce motif de l'article 1395. Ainsi la cour de Rouen déclara, dans un arrêt du 15 décembre 1891 (1) : « Attendu que la règle posée par l'article 1395 a été établie pour assurer la paix des familles en ne permettant pas que des stipulations sur la foi desquelles le mariage a été contracté puissent subir un changement ou être exécutées sous l'influence de la passion ou de la crainte... »

La cour d'Alger proclama également « que cette

(1) Dall, 1892, 2, 438.

« immutabilité du régime matrimonial touche à l'ordre
« public et a été établie dans un but de protection
« pour les époux et de sécurité pour les tiers » (1).

Comme le fait remarquer la cour d'Alger, l'intérêt des gens mariés et le souci de la paix domestique n'ont pas été les seules préoccupations des rédacteurs de l'article 1395. Ceux-ci ont voulu également protéger les tiers et assurer la bonne foi dans les transactions. A quel danger, en l'absence du principe de l'immutabilité, seraient donc exposées les personnes voulant contracter avec des époux ? A un danger de fraude de la part de ces derniers qui, en modifiant leur régime matrimonial, pourraient changer leurs pouvoirs ou capacité juridique et l'étendue du gage de leurs créanciers.

Supposons que deux époux mariés sans contrat, soumis par conséquent au régime de communauté légale, adoptent plus tard la séparation de biens. Après ce changement, le mari passe avec un tiers le bail d'un immeuble propre de la femme. S'il n'a pas été averti de la transformation, le tiers pensera avec juste raison que le mari possède à cet effet tous les pouvoirs d'administration nécessaires. Cependant, la

(1) Arrêt du 13 décembre 1897. D. 1901, 2.

femme pourrait un jour réclamer l'annulation du contrat en se basant sur ce fait que son mari n'avait en réalité aucun pouvoir.

Si nous envisageons maintenant l'hypothèse inverse (séparation de biens puis régime de communauté), celui qui, après cette modification restée secrète, se présentera pour acheter un meuble de la femme n'exigera pas l'autorisation du mari (art. 1449) ; or, elle était indispensable depuis l'établissement de la communauté, et son absence pourra entraîner la nullité de l'acte.

Plus redoutable encore serait l'établissement, au cours du mariage, du régime dotal. L'inaliénabilité dotale, conséquence de ce changement, pourrait réserver de cruelles déceptions à ceux qui auraient contracté avec les époux sur la foi de leur premier régime.

Enfin les créanciers des époux pourraient être facilement victimes d'un autre genre de fraude que voici. Une femme, mariée sans contrat, est à la veille de recueillir une succession mobilière. Son mari, s'il veut soustraire à ses créanciers personnels et à ceux de la communauté l'actif de la succession attendue, n'aura qu'à substituer une séparation de biens au régime qui antérieurement le gouvernait, lui et son épouse. C'est ainsi que des créanciers pourront voir

leur échapper les biens à venir de leurs débiteurs, biens sur lesquels ils avaient peut-être compté pour obtenir leur paiement. Contre de pareils moyens, ils auront sans doute la ressource de l'action paulienne, mais ils devront prouver la fraude des époux, chose toujours difficile.

Grâce à l'immutabilité des conventions matrimoniales, les tiers sont à l'abri de ces manœuvres frauduleuses. Ils savent, quand les époux se sont mariés sans contrat, que la communauté légale doit être leur régime matrimonial. Ils savent, au cas où un contrat de mariage aurait été fait, qu'ils peuvent se baser sans crainte sur ses dispositions (1). Si par extraordinaire une séparation de biens était prononcée judiciairement durant le mariage, les mesures de publicité organisées par la loi les en avertiraient suffisamment.

Critique. — La crainte de voir un époux dominer l'autre et abuser de son influence pour le dépouiller de ses biens à son profit est, avons-nous dit, l'un des

(1) Il est d'ailleurs très facile à un tiers de savoir si les époux avec lesquels il veut contracter ont fait ou non un contrat de mariage. Il n'a qu'à interroger leur acte civil de mariage dont il pourra toujours obtenir copie. Et s'il apprend que les époux ont fait un contrat de mariage, il exigera de leur part, avant de traiter, communication de cet acte passé devant notaire.

motifs de l'article 1395. On a voulu, malgré eux, protéger les époux contre les calculs intéressés de l'un ou de l'autre. Or, de l'avis même des auteurs qui défendent encore le principe de l'immutabilité, cette idée a fait son temps et mérite d'être abandonnée.

Elle ne se comprend pas, en effet, dans l'état actuel de notre législation où nous voyons établie la liberté des donations entre époux. Si une personne mariée, sollicitée par son conjoint, veut bien l'avantager, elle le pourra donc très facilement au moyen de libéralités entre vifs. Elle n'aura pas besoin de recourir à une modification quelconque du contrat de mariage. Est-il logique, après cela, que le législateur qui autorise de telles donations vienne dire aux époux : Je ne vous permets pas le moindre changement à vos conventions matrimoniales parce que, obéissant aux instances l'un de l'autre, vous pourriez, par ce moyen, laisser entamer votre fortune ? Pourquoi cette raison est-elle alors donnée au cours des travaux préparatoires comme justification au principe de l'immutabilité ? Tout simplement parce qu'elle avait été indiquée par nos anciens jurisconsultes. Mais ceux-ci étaient logiques puisqu'à leur époque les donations entre époux étaient formellement interdites.

Mais est-il vrai de dire que le principe de l'immu-

tabilité maintient la paix dans les familles ? que les époux n'ont aucun moyen de tourner ce principe, d'éluder la prohibition de la loi ? Ecoutons ce que dit Monsieur Guérin (1).

« Dans une pièce intitulée « *Les Amants légitimes* »,
« l'auteur nous montre, dit-il, un gendre emprisonné
« dans les règles d'un contrat admirablement fait par
« une belle-mère, habile procédurière, dans le but de
« protéger les intérêts pécuniaires de sa fille. Qu'arrive-
« t-il ? c'est que la belle-mère et le gendre ne s'entendent
« pas du tout et que le mari et la femme sont sur le
« point de se fâcher. Ils n'évitent la brouille fatale
« qu'en divorçant, et, par ce procédé, ils violent impu-
« nément le principe de l'immutabilité que l'article 295,
« alinéa 2, pensait préserver en interdisant aux époux
« qui se remariaient d'adopter un régime matrimonial
« différent du régime primitif. En effet, dans l'inter-
« valle qui sépare le divorce du second mariage, la
« femme est souveraine maîtresse de ses actes et de
« ses biens : elle peut dissiper toute sa fortune si elle
« le veut. Ainsi, le principe de l'immutabilité ne pro-
« tège que bien mal la faiblesse d'un époux contre
« l'influence de l'autre. Au moyen d'un artifice habile

(1) Thèse, Paris, 1906.

« et assez simple, les conjoints détruiront la protection
« gênante à l'excès d'un régime imposé par la sollici-
« tude maladroite de parents trop prudents. »

Le motif tiré de l'intérêt des tiers est plus sérieux. Il est parfaitement vrai que les changements apportés au contrat de mariage pourraient leur nuire. Mais, sans employer un remède aussi radical que celui de l'immu-
tabilité, on pourrait préserver les tiers de la façon sui-
vante. D'une part, on établirait des mesures de publi-
cité destinées à faire connaître à tous les modifications
effectuées par le mari et la femme. D'autre part, on
refuserait toute efficacité — vis-à-vis des créanciers
antérieurs en date — aux changements apportés par
les époux à leur régime matrimonial dans le but de
soustraire leurs biens à venir au droit de gage de ces
créanciers.

Nous verrons, dans une deuxième partie, comment
à l'étranger on a résolu le problème et comment chez
nous il conviendrait de réformer la loi.

II° AUTRES AVANTAGES

Pour avoir été maintenue dans notre code, malgré
l'insuffisance des motifs indiqués, la règle de l'immuta-
bilité présente donc d'autres avantages :

On en a mentionné plusieurs.

A) Si on supprime l'immutabilité, il faudra protéger les tiers. Or, quelles que soient, a-t-on dit, les mesures de publicité employées dans ce but, elles seront la source de complications. Les époux se verront obligés de remplir certaines formalités qui pourront être gênantes et les tiers, avant de contracter avec eux, devront prendre minutieusement toutes leurs informations. De là naîtront des retards qui pourront être préjudiciables aux uns et aux autres. Une bonne affaire souvent n'attend pas, il serait regrettable que cette perte de temps en fit manquer l'occasion.

Critique. — Il faut noter d'abord qu'à ce prix les époux retrouveraient la liberté précieuse de changer à leur guise leurs conventions matrimoniales. D'autre part, ne pouvant songer à laisser les tiers sans protection, il faudrait bien, il est vrai, établir des mesures de publicité. Mais ces mesures ne se rencontrent-elles pas à chaque instant dans nos lois ? De plus en plus, le législateur moderne prend soin de l'intérêt des tiers. La disparition de l'article 1395 ne serait pour lui qu'une occasion de plus d'affirmer ce souci en établissant de nouvelles mesures protectrices.

B) Mais on prétend que le principe de l'immutabilité à un autre avantage.

Le contrat de mariage est, sinon en droit, du moins en fait, un pacte de famille (1). Ce sont les parents qui, prenant en main les intérêts de leurs enfants, président à la rédaction de leurs conventions matrimoniales. En cette circonstance, les futurs époux abdiquent assez volontiers leur liberté, se reposant sur la vigilance et la sollicitude paternelle. Il y a plus : dans cet acte, les parents consentent parfois de grands sacrifices, or ils ne les font très souvent qu'en prévision de tel ou tel régime. Un père peut même considérer ce régime comme si important, qu'il en fasse dépendre son consentement au mariage de son fils ou de sa fille.

On voit alors quel moyen facile auraient les époux,

(1) Cela fut déclaré incidemment par la cour de Bastia, dans un arrêt du 16 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 58). Il y fut décidé qu'« était nulle la contre-lettre (sous-seing privé) n'ayant point acquis date certaine avant la célébration du mariage, portant que, nonobstant la clause qui fixe à une somme déterminée la valeur d'un immeuble donné à la future en paiement des droits paternels à elle constitués en dot, cet immeuble sera estimé par experts, et que la dot sera réputée payée jusqu'à concurrence de la valeur attribuée à l'immeuble par l'expertise ». — Voici quelques motifs donnés par la cour à l'appui de sa décision : « Considérant que les contrats de mariage sont, par leur nature même, des pactes de famille — que les dispositions relatives aux donations faites aux époux et celles qui règlent le mode de réalisation de ces libéralités font partie intégrante du contrat de mariage, et sont placées sous la sauvegarde de son immutabilité... »

en l'absence de l'article 1395, de tromper leurs parents et de rendre inutiles toutes leurs sages précautions.

Aussitôt mariés, ils pourraient, d'un commun accord, renverser tout le savant échafaudage élevé, sous la direction de leur famille, au mieux de leurs intérêts pécuniaires.

Critique. — Ce raisonnement est exact, mais il ne prouve rien en faveur du principe de l'immutabilité. Il montre simplement que si l'on venait à s'en débarrasser, il serait bon, avant de permettre aux époux la plus petite modification à leur contrat, d'exiger le consentement formel de leurs parents. A cela, nous souscrivons volontiers.

C) Les défenseurs du principe de l'immutabilité font encore remarquer combien il facilite l'observation de l'article 1096 c. civ. ainsi libellé en son alinéa premier : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables » (1).

En donnant aux époux la liberté de modifier leurs conventions matrimoniales, on leur fournirait, dit-on, une superbe occasion de se faire des avantages cachés

(1) Par conséquent, la volonté « seule » du donateur pourra priver le donataire de l'avantage qui lui avait été fait.

et irrévocables. Le mari et la femme pourraient toujours, en effet, orienter vers ce but les nouvelles clauses de leur contrat de mariage, et, pour les faire disparaître, le consentement de tous les deux serait nécessaire. « Il est évident, dit M. Planiol (1), que la « liberté de modifier à volonté le contrat primitif rendrait possible une foule de combinaisons dans lesquelles il serait difficile de reconnaître les libéralités qui s'y trouveraient cachées. »

Critique. — Notons que sans remanier leurs conventions matrimoniales, les époux peuvent déjà contrevenir à l'article précité. D'une manière générale, il leur est permis de contracter l'un avec l'autre et rien ne les empêche alors de dissimuler leurs donations au moyen d'un acte juridique passé entre eux (2). Dans ces conditions, qu'importe une facilité de plus pour tourner la disposition qui nous occupe ? Ne privons

(1) Note sous arrêt... D. P. 1905. 2. 1.

(2) Usant par exemple de la faculté que donne l'article 1595 c. civ., §§ 2, 3, 4, un mari ou une femme pourra faire à son conjoint une dation en paiement, puisqu'il est entendu que dans les trois cas prévus par ce texte il ne s'agit pas de ventes [entre époux] proprement dites. Or une inégalité « voulue » entre le montant de la créance et la valeur fournie en paiement ne peut-elle pas constituer une libéralité pour l'un quelconque des époux, libéralité qui, ainsi dissimulée, échappera à la règle de la révocabilité ?

pas pour cela les époux d'une liberté qui, nous allons le voir dans un instant, pourrait souvent leur être très utile.

D'ailleurs, est-il bien exact d'affirmer que, grâce à la disparition de l'article 1395, maris et femmes pourraient se faire tout à leur aise des donations irrévocables ? Nous ne le croyons pas. Il resterait toujours, en effet, le deuxième alinéa de l'article 1099, qui déclare nulle toute donation entre époux, « *ou déguisée ou faite à personnes interposées* ». En appliquant cette disposition, les tribunaux arriveraient à déjouer les tentatives de ceux qui, malgré l'article 1096 voudraient, pendant leur mariage, s'avantager d'une manière irrévocable. Ils déclareraient « *donation déguisée* » et annuleraient ainsi la convention faite par les époux dans cette intention.

Nous trouvons, du reste, dans les Pandectes françaises (1), un exemple caractéristique.

Une femme avait voulu, au détriment des enfants de son premier lit, faire à son mari une donation sous la forme d'une renonciation à la communauté après séparation de biens : le tribunal civil de la Seine a prononcé, le 24 déc. 1901, la nullité de cette opération, parce qu'elle représentait une libéralité déguisée.

(1) Année 1902, 2^e partie, p. 235.

Mais la disposition de l'article 1096 présente-t-elle vraiment une grande utilité et ne pourrait-on sans inconvénients la supprimer ? Certains auteurs ne le pensent pas.

MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, après avoir montré comment cette disposition s'est introduite dans notre code, ajoutent (1) : « Néanmoins, il est
« difficile d'affirmer que ce soit là la solution la meil-
« leure. Ce serait oublier que les législations civiles
« les plus récentes, qui se sont inspirées du Code
« Napoléon, ont généralement repoussé sa solution sur
« ce point, et ont préféré s'en tenir à une prohibition
« absolue. Telle est notamment la législation ita-
« lienne (2) ; telle est aussi la législation espagnole (3).
« C'est seulement dans le code civil portugais (4)
« qu'ont été maintenues les solutions de notre code
« civil.

« Du reste, il faudrait se garder de croire que ces
« divergences soient propres aux législations dont le
« code Napoléon a été plus ou moins le modèle. C'est
« ainsi par exemple que, prohibées par le droit anglais

(1) Voir Baudry-Lacantinerie. — Traité théorique et pratique de droit civil, 3^e édition, tome XI, page 870.

(2) Art. 1304 du Code civil italien.

(3) Art. 1334 du Code civil espagnol.

(4) Art. 1178 et 1181 du Code civil portugais.

« et le droit commun germanique (1) les donations
« entre époux sont, au contraire, permises en Prusse
« et en Autriche (2). Quant au nouveau code civil
« allemand, il ne dit rien des donations entre époux ;
« il les considère donc comme valables. »

Sans doute chez nous on consentirait difficilement à rétablir la prohibition des libéralités entre gens mariés. D'autre part, la demi-mesure employée dans notre pays pour protéger l'entière liberté des époux semble bien insuffisante. Il est permis de se demander si la faculté pour l'un des deux conjoints de revenir à tout moment sur sa donation le garantit efficacement contre l'influence de l'autre. On peut concevoir, en effet, que la domination du mari ou de la femme au foyer conjugal se maintienne pendant toute la durée du mariage. Cette domination persistant pourra très bien empêcher la révocation de la libéralité dont elle avait été la cause.

On comprend que l'époux donateur, tout en regrettant son acte, puisse avoir des scrupules à se servir de la permission que lui donne l'article 1096. Il peut craindre de faire naître des querelles et de troubler

(1) Consulter Lehr : Droit civil anglais, § 186, et Droit civil germanique, II, § 1171.

(2) Art. 1246 Code civil autrichien.

la paix du ménage. S'il lui a été difficile de se refuser à un acte de générosité, il lui sera souvent plus difficile encore de revenir sur cet acte et de réparer un instant de faiblesse. Il y aura pour lui non pas impossibilité juridique, mais impossibilité morale.

Ne serait-il pas alors préférable de reconnaître franchement la liberté et l'irrévocabilité des donations entre époux ? D'autant plus qu'il serait bien excessif de présumer toujours des motifs blâmables chez la personnalité la plus forte. On lit même fort justement dans l'exposé des motifs de l'avant-projet du code civil suisse : « L'appréhension de l'influence qu'un
« conjoint peut exercer sur l'autre durant le mariage...
« ne saurait être décisive pour le législateur. L'individualité la plus forte peut exercer une influence
« sur la plus faible : il n'appartient pas à la loi de la combattre, puisque, dans la plupart des cas, elle
« ne tendra qu'au bien commun ».

D) Nous venons de voir que le maintien dans notre législation de l'article 1096 ne semblait pas absolument nécessaire : nous serons simplement logique en émettant la même opinion relativement à l'article 1097. La première disposition est, en effet, la seule raison d'être de la seconde. En interdisant aux personnes mariées toute donation mutuelle et réciproque

par un seul et même acte, on a voulu ménager leur complète liberté de révocation. Supposons que, la loi le tolérant, une libéralité de ce genre ait lieu entre des époux. Les dispositions de chacun d'eux auront un sort commun de telle façon que les unes ne pourront subsister tandis que les autres viendraient à disparaître. Cette considération pourrait être de nature à retenir un donateur désireux plus tard de revenir sur ses bienfaits. C'est précisément ce résultat que le législateur s'est proposé d'empêcher. Il a voulu, suivant l'expression de M. Troplong, que la séparation des actes fût un signe extérieur de l'indépendance des disposants.

Peu nous importe alors que l'article 1097 ne soit pas conciliable avec la faculté indéfinie pour les époux de changer, par des conventions postérieures, le régime de leur association. Peu nous importe la démonstration faite par M. Demante à ce sujet (1):

(1) Voir *Thémis*, 1826, page 261.

Voici les propres paroles de M. Demante :

« Comment la concilier (la règle de l'article 1097) par exemple, avec la faculté qu'ils (les conjoints) auraient d'établir ou d'exclure la communauté pendant le mariage, d'en régler la composition active ou passive, de créer ou d'anéantir quelque droit réciproque de survie ? Qu'on se prête un instant à l'idée que le profit éventuel que chacun pourrait retirer de ces conventions, constitue une donation ; ce sera alors une donation réciproque, et cette donation sera, non pas révocable aux termes de l'article 1096

(*Fin de la note page suivante*).

Nous reconnaissons que l'article 1395 est en parfaite harmonie avec la prohibition pour les époux de se faire des donations mutuelles et réciproques dans un même acte, mais nous sacrifions sans regret la règle de l'article 1097 à la réforme par nous préconisée.

E) A cette réforme, on objecte enfin la nécessité et la difficulté des liquidations au cours du mariage. « Avec la faculté de modifier les conventions matrimoniales, on peut, dit M. Henry (1), arriver à des changements très fréquents. Lorsque des époux auront modifié deux ou trois fois leur contrat de mariage, on se trouvera, pour liquider leur situation, en face de difficultés inextricables. Pour obvier à cet inconvénient, il faudrait... prescrire à chaque modification une liquidation immédiate (2). Mais que de complications et d'embarras ! » Cela, peut-on ajouter, serait même d'autant plus regrettable que les intéressés n'étant pas alors dégagés du lien de mariage, pourraient ne pas jouir d'une complète indépendance.

mais nulle aux termes de l'article 1097... Tant que subsistera la prohibition des dons mutuels entre époux, il faudra bien, si l'on ne veut que cette prohibition soit journallement éludée, proclamer en même temps le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

(1) Thèse Paris, 1904.

(2) Ce qui arriverait par exemple si deux époux, placés tout d'abord sous le régime de communauté, adoptaient plus tard le régime dotal.

Il est vrai que la disparition de la règle de l'immutabilité pourra engendrer des difficultés de liquidation. Mais il reste à savoir si ce résultat défectueux est d'un grand poids par rapport aux inconvénients du maintien de notre principe, inconvénients dont nous allons maintenant nous occuper.

INCONVÉNIENTS DU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ

A) Les époux subissent, du fait de l'article 1395, une grave atteinte à leur liberté. Pendant toute la durée de leur union, ils sont en effet rigoureusement liés par leur contrat de mariage. Interdiction leur est faite d'apporter à cet acte le moindre changement. La loi les empêche ainsi de rectifier leur erreur s'ils s'aperçoivent plus tard que le régime adopté par eux n'est pas celui qui leur convient. Une telle erreur se comprend facilement de la part de jeunes gens qui manquent encore d'expérience et souvent se connaissent à peine. Ces futurs époux sont-ils capables réellement de faire un choix judicieux parmi les combinaisons que leur offre notre législateur ? Il serait osé de le prétendre toujours.

On objecte, il est vrai, qu'ils ne feront jamais de contrat sans écouter les avis plus autorisés de leurs

parents ; mais ceux-ci peuvent également se tromper. Les père et mère de la jeune fille, connaissant parfois depuis peu celui qui va devenir leur gendre, pourront montrer à son égard une défiance imméritée ou une confiance que rien ne justifie. Alors ils regretteront plus tard d'avoir réclamé pour leur fille un régime ne correspondant pas au caractère, aux aptitudes personnelles, de celui qu'ils lui ont donné pour mari. Leurs regrets seront superflus : la loi ne leur permettra pas — même avec le consentement de leurs enfants — de revenir sur ce qui a été fait (a. 1395).

B) La règle de l'immutabilité empêche encore les époux d'adapter leurs conventions matrimoniales aux changements qui peuvent survenir, après leur mariage, dans leur situation sociale ou pécuniaire. Pourtant, dans bien des cas, cela serait très utile. Nous allons le montrer par deux exemples.

Premier exemple. — Un fonctionnaire a stipulé, dans son contrat de mariage, les clauses établissant le régime dotal. Etant donné sa profession, il n'y voyait pas alors d'inconvénients. Mais plus tard il quitte son emploi et se met à faire du commerce. Si l'article 1395 le lui permettait, il aurait intérêt à remplacer son premier régime matrimonial par celui de la communauté. Après cette transformation, en effet, les biens de sa

femme répondraient en grande partie de ses dettes commerciales. De plus, cette femme serait libre désormais de renoncer à son hypothèque légale, et notre commerçant y gagnerait de pouvoir vendre ou hypothéquer un de ses immeubles propres pour les besoins de sa profession (1).

Autre exemple. — Deux jeunes gens, mariés sous un régime exclusif de communauté, n'ont au début de leur mariage qu'une très modeste fortune. Dans la suite le mari, grâce à son activité, augmente considérablement son patrimoine et éprouve alors le désir très légitime de faire participer sa compagne à ses bénéfices. Un moyen simple et pratique d'atteindre ce but serait l'établissement, entre lui et sa femme, d'une société d'acquêts. Malheureusement, l'article 1395 interdit d'apporter cette modification au contrat de mariage.

C) Une autre conséquence fâcheuse du principe de l'immutabilité est d'empêcher parfois les époux de disposer librement de leurs biens.

Ainsi il a été jugé (2), par application de l'arti-

(1) On sait, en effet, que sous le régime dotal, un mari est dans l'impossibilité de disposer de ses immeubles, car : 1° les tiers acquéreurs ont toujours à craindre l'exercice de l'hypothèque légale de sa femme ; 2° cette femme n'a pas le droit de renoncer à son hypothèque, car elle pourrait ainsi compromettre sa dot.

(2) (Toulouse, 18 juin 1821.)

cle 1395, que la femme, donataire par son contrat de mariage et pour le cas de survie, de l'usufruit d'un immeuble du mari, renonce vainement à cet avantage en faveur de l'acquéreur de cet immeuble — lors même que le mari affecterait au droit éventuel de la femme un immeuble équivalent.

Voici exactement le cas qui fut soumis aux magistrats :

« Par son contrat de mariage, passé en 1815, le sieur Delsol a fait donation à la demoiselle Lespinasse, sa future épouse, dans le cas de survie de celle-ci, de l'usufruit d'une maison et jardin, situés à Moissac. Le 25 avril 1820, Delsol vend à la demoiselle Chantot cette maison et jardin, moyennant 8.000 francs ; et, dans l'acte de vente sous seing privé, on lit : « Delsol s'oblige de faire entrer dans l'acte public qui sera passé de la présente vente, Madeleine Lespinasse, son épouse, pour renoncer à la jouissance qu'a celle-ci, d'après son contrat de mariage, de l'objet vendu, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts. » — 2.000 francs ont été payés comptant ; le surplus devait l'être dans un court délai. — A l'expiration de ce délai, la demoiselle Chantot, acquéreur, réfléchissant que la renonciation qui lui avait été promise par son vendeur ne serait pas valable, refusa de payer et demanda que le contrat de

vente fût résolu, faute par le vendeur de pouvoir remplir son engagement, au moins d'une manière utile. Subsidiairement, elle demanda une caution solvable, en cas d'éviction et de trouble. — Le sieur Delsol insista pour avoir le paiement de ce qui lui restait dû, et proposa surabondamment de transporter les droits éventuels de sa femme sur d'autres immeubles, avec offre d'employer une somme de 3.000 francs en acquisition d'autres immeubles, pour achever, selon lui, de représenter au besoin les mêmes droits. Il fit plus : il fit déclarer par sa femme qu'elle était prête à consentir la renonciation aux droits qui lui appartenaient, en tant qu'ils portaient sur l'immeuble vendu, conformément à la promesse faite par son mari. »

Le litige fut porté devant les juges du tribunal de Moissac, qui s'appuyèrent effectivement sur le motif suivant : « Attendu qu'aucun changement ne peut être fait aux conventions matrimoniales pendant le mariage, qu'il est incontestable que la renonciation pure et simple de la dame Delsol au gain de survie par elle stipulé, ou la substitution d'autres biens à ceux dont l'usufruit lui est assuré par le pacte matrimonial, modifierait le pacte et y apporterait des changements... »

La cour de Toulouse, appelée à statuer en second lieu, n'a pas cru devoir adopter une autre solution.

— Ces inconvénients de l'article 1395 n'ont pas échappé aux jurisconsultes.

Nous citerons notamment ce passage d'un article de M. Kuntz (1) : « Est-il bien logique et bien juste
« d'enfermer à jamais les époux dans leur contrat de
« mariage ? Ce contrat a été rédigé à un moment où
« ils se connaissaient souvent à peine, où ils igno-
« raient leur véritable situation, car malheureusement,
« en mariage, trompe qui peut. Ils ne savaient pas
« quel était le régime qui leur conviendrait le mieux,
« et ils ont choisi celui-ci ou celui-là un peu au hasard.
« Pourquoi ne leur serait-il pas permis d'en changer,
« une fois que, par la cohabitation commune, ils
« auront été éclairés sur le véritable caractère de
« leurs personnes et sur le véritable état de leurs
« biens ? Pourquoi les contraindre à demeurer assu-
« jettis à un régime qui leur répugne, qui n'est pas
« en rapport avec leurs réels intérêts ? Pourquoi leur
« défendre non seulement de modifier leurs conven-
« tions matrimoniales dans leur ensemble, mais d'y
« apporter des changements partiels plus favorables
« que nuisibles ? Il y a dans cette rigueur de la loi
« une sorte d'atteinte à la liberté individuelle, peu
« conforme aux principes modernes ».

(1) Revue générale de droit. — Janvier 1884.

D) Pour appuyer encore l'opinion de M. Kuntz, nous allons montrer que les exigences de notre principe sont inconciliables parfois avec la justice. Dans ce but, nous appellerons l'attention sur un arrêt de la cour de cassation du 23 juin 1887 (S. 1890. 1. 291).

Deux époux avaient, par leur contrat de mariage, adopté une communauté réduite aux acquêts. Les fonds apportés par la future épouse « *comme provenant de son chef* » lui avaient été donnés de la main à la main par un tiers, sous la condition verbale d'une rente annuelle et viagère. Cela fut reconnu par un acte ultérieur, aux termes duquel les deux époux constituaient la rente promise. Cet acte fut annulé comme venant détruire toute l'économie du contrat de mariage reposant sur un apport fait sans charge.

La cour de cassation respectait ainsi l'article 1395, mais au prix d'une injustice vis-à-vis du tiers qui avait procuré les fonds aux époux.

E) Il nous reste à adresser un dernier reproche à la règle de l'immutabilité. Cette règle donne naissance à des controverses dans la solution de bien des hypothèses.

1° Etudions d'abord certaines clauses susceptibles de faire partie du contrat de mariage lui-même.

1^o) Régime matrimonial affecté d'un terme.

On se demande en premier lieu si des époux peuvent affecter d'un terme le régime matrimonial qu'ils ont choisi.

La loi nous dit seulement : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil ; on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque », — mais que décider en dehors de ce cas spécial prévu par l'article 1399 c. civ. ? A-t-on le droit de fixer un « *dies ad quem* » à une communauté, un « *dies a quo* » ou « *ad quem* » à tout autre régime ? ou bien les dates de célébration et de dissolution du mariage doivent-elles être toujours le point de départ et le terme d'un même régime matrimonial ?

En faveur de la première opinion, on invoque le principe de la liberté des conventions matrimoniales et le caractère exceptionnel de l'article 1399. On fait remarquer en outre que la règle de l'immutabilité n'a pas à souffrir de l'apposition d'un terme à un régime matrimonial lorsque cette modalité est écrite dans le contrat de mariage lui-même.

Mais les partisans de la deuxième opinion répon-

dent qu'en agissant ainsi on se mettrait en opposition avec l'esprit de la loi tel qu'il apparaît dans l'article 1395. Le législateur a voulu, disent-ils, prohiber la succession des régimes matrimoniaux, autrement il eût permis d'apporter des modifications au régime pendant le mariage, à la condition de ne pas adopter la communauté.

Quant à l'article 1399 il s'explique par la volonté des rédacteurs du code de rompre avec l'ancien droit. Autrefois on pouvait en effet stipuler que la communauté ne commencerait qu'au bout d'un an et un jour de mariage (1). En pareil cas, des fraudes et des surprises étaient à redouter pour les tiers, et c'est pour quoi la loi nous refuse aujourd'hui cette faculté.

La doctrine se prononce à peu près unanimement en faveur de cette seconde opinion. Cependant MM. Rodière et Pont (2) admettent la validité d'une stipulation par laquelle les époux conviennent d'adopter le régime dotal jusqu'à ce que la femme ait atteint un certain âge et de se soumettre ensuite à un régime exclusif de la communauté ou à la séparation de biens.

Il semble, du reste, que l'apposition d'un terme à

(1) Il y avait même des coutumes qui imposaient ce délai.

(2) Rodière et Pont. — Traité du contrat de mariage, tome I, n° 92, p. 77.

un régime matrimonial ne doit guère présenter d'inconvénients. En effet, ni les époux, ni les tiers n'en souffriront, puisque, à toute époque, la situation actuelle et les droits du mari et de la femme peuvent être connus d'une façon certaine et sont nettement déterminés.

2°) Régime matrimonial affecté d'une condition

Mais s'il n'est pas permis d'établir à terme un régime matrimonial, doit-on exclure également la condition ?

Il est tout d'abord un point certain dans cet ordre d'idées : c'est que l'article 1395, interdisant aux époux d'apporter à leur régime même des changements limités, les conventions matrimoniales, subordonnées à une condition « *potestative* » de la part des deux conjoints ou de l'un d'eux, sont sans valeur. Là-dessus, les auteurs et la jurisprudence sont d'accord (1).

Mais des dissidences apparaissent quand on parle de « condition *casuelle* », quand on s'inquiète par

(1) Consulter : Rodière et Pont-Aubry et Rau. — Arrêts : Bordeaux, 1^{er} juillet 1886 (D. 86, 2, 283) et Cass. 15 mai 1878 (S. 78 1. 449).

exemple de la validité d'une convention qui établit la communauté ou la supprime pour le cas de survenance d'enfants du mariage.

Les auteurs regardent généralement comme licite l'apposition d'une telle modalité à un régime matrimonial. Ils s'appuient pour défendre leur opinion sur l'article 1387, qui proclame la liberté des conventions matrimoniales, et sur l'autorité de l'ancien droit. Alors que Pothier par exemple (1) admettait tout à la fois le terme et la condition, les rédacteurs du code civil n'ont défendu que le terme dans l'article 1399. Qu'est-ce à dire sinon que la condition doit être admise ?

La jurisprudence est de cet avis. Il ressort d'un arrêt de la cour de Colmar (2) qu'il peut être *valablement stipulé* dans un contrat de mariage que les époux seront soumis au régime de la communauté d'acquêts jusqu'au jour où ils seront investis de la succession de leur père et mère réciproques, et à partir de ce moment au régime de la communauté universelle, avec rétroactivité au jour du mariage. — On peut même noter que dans cette espèce la condition était potestative à certains égards. En effet chacun

(1) N° 278 de son « Traité de la Communauté ».

(2) 8 Mars 1864. (D. 64, 2, 85).

des époux ayant la faculté d'accepter ou de répudier la succession de ses père et mère, se trouvait être maître de déterminer le régime matrimonial.

Cependant, une partie de la doctrine (i) ne veut pas reconnaître la validité des clauses de ce genre. Les raisons données sont les suivantes. Dès l'instant, dit-on, que l'article 1399 prohibe le terme, il doit « à fortiori » interdire la condition dont les inconvénients sont plus grands à cause de l'incertitude de sa réalisation et de son effet rétroactif.

Et du reste, est-il absolument exact de prétendre que cet article n'a pas visé les stipulations conditionnelles ? Notre législateur ne songeait-il pas, en rédigeant ce texte, à cet espèce de terme de l'ancien droit qui, dans certaines coutumes, équivalait à une véritable condition, d'après laquelle la communauté ne devait exister entre époux que si la vie commune avait duré plus de l'an et jour ?

« Enfin, remarque M. Planiol, l'autorité de la tradition est faible, car le Code a donné à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, une importance et une rigueur qu'elle n'avait jamais eues

(1) Consulter notamment MM. Bellot des Minières, Marcadé, Baudry, Lacantinerie, Le Courtois de Surville, Planiol.

et qui ne semblent guère compatibles avec ces espèces de changements à vue machinés à l'avance (1). »

II. — Nous allons étudier maintenant les actes que pourraient vouloir faire les époux au cours de leur mariage, mais dont la validité est discutée.

1) Société entre époux

Ils peuvent tout d'abord désirer établir entre eux une société civile ou de commerce. L'avantage d'une telle combinaison apparaît très nettement dans le cas de séparation de biens. La formation d'une société en nom collectif fournira en effet aux époux le moyen de constituer (ou reconstituer si la séparation est judiciaire) cette communauté d'intérêts que le régime adopté a écartée, dissoute, et en même temps renforcera leur crédit au regard des tiers, en procurant à ceux-ci la garantie solidaire des patrimoines des deux époux, isolés et indépendants l'un de l'autre d'après le contrat de mariage ou le jugement de séparation.

(1) On reproche parfois à la condition d'établir deux régimes successifs. Ceux qui soutiennent cette thèse commettent une erreur ; ils oublient que la condition rétroagit. Les époux sont réputés avoir toujours été soumis à celui des deux régimes qui s'établit définitivement.

Ces mêmes avantages reparaitraient, dans une certaine mesure, sous tout régime impliquant dissociation des biens des époux, sous le régime dotal en ce qui concerne les paraphernaux, et même les biens dotaux si le contrat de mariage n'a greffé sur eux aucune société d'acquêts, ou sous le régime (d'ailleurs très rare dans la pratique française) exclusif de communauté.

L'intérêt pratique de la combinaison étant dégagé, nous allons rechercher si deux époux ont le droit d'établir entre eux une société (1).

Aux termes d'une jurisprudence très ferme et fort ancienne, toute société entre personnes mariées serait nulle, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les régimes matrimoniaux ni entre le cas d'une société conclue entre les deux époux seulement, et celui d'une société contractée entre les deux époux et des tiers (2).

(1) Il n'est assurément guère contestable qu'ils puissent être actionnaires ou commanditaires d'une même société. Dans cette hypothèse, en effet, l'un et l'autre ont fait un placement de fonds dont la validité ne saurait être mise en doute sans restreindre, fort mal à propos, le droit d'administration de chacun des conjoints sur ses biens. — La question porte donc sur les sociétés commerciales en nom collectif et sur les sociétés civiles ordinaires, sur les sociétés en commandite, sur les commandites et sur associations en participation.

(2) Comme exemples de sociétés entre époux avec adjonction de tiers, nous citerons les arrêts du 24 janvier 1885 (sous Req. 6 février 1885), D. 88, 1, 401-402. — du 10 décembre 1896, D. P. 97, 2, 125. — Nîmes, 24 avril 1900, D. 1901, 2, 15. — Nancy, 4 février 1901, D. 1902, 2, 140 — 1^{er} décembre 1903 : Rec. de Nancy 1903, 313.

L'argument principal sur lequel s'appuie la jurisprudence est tiré du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Toute société que contracteraient, en effet, les conjoints au cours du mariage, constitue un changement à leurs conventions matrimoniales. La communauté légale étant une vraie société entre époux (1) (a. 1837), si ceux-ci l'ont écartée par leur contrat de mariage, il ne paraît pas douteux que l'établissement d'une société quelconque entre eux, au cours de leur union, apporte une modification à ce contrat. De même, si le contrat de mariage a établi entre époux une communauté plus ou moins étendue, l'intervention postérieure d'une société ne peut, en fait, que restreindre ou étendre cette communauté ; ce qui est défendu par l'article 1395 (2).

S'appuyant sur ce raisonnement (3), la jurisprudence a déclaré nulles entre époux :

1° Des sociétés commerciales en nom collectif (4) ;

(1) « La communauté légale, disent MM. Aubry et Rau, est une *société universelle de biens* qui se forme entre mari et femme par le fait même du mariage. »

(2) La jurisprudence ne développe pas cet argument ainsi que nous venons de le faire : elle se contente généralement de l'indiquer.

(3) Et sur d'autres encore, notamment : l'Obligation de respecter les droits du mari comme chef détenant la puissance maritale.

(4) Ch. c., 9 août 1851, D. P. 52.1.160. — Paris, 14 avril 1856, D. P. 56.2.231. — Paris, 24 janv. 1885 (précité).

2° Des sociétés universelles de tous gains (1) ;

3° Des associations en participation (2) ;

Et cela quel que fût le régime matrimonial des époux (3).

Cette argumentation satisfait une partie de la doctrine qui interdit absolument les sociétés entre époux (4), mais elle est vivement combattue par une autre qui valide, dans tous les cas, ces contrats (5).

« Je ne crois pas, dit M. Planiol, que la formation
« d'une société entre époux doive être condamnée
« comme dérogeant aux conventions matrimoniales.

« Il n'y a pas de dérogation au régime conven-
« tionnel des biens des époux, car l'actif social n'est
« ni commun ni propre, il est la propriété d'une tierce
« personne : la société. Il se crée un patrimoine distinct
« des leurs, et qui ne peut être soumis à leur régime

(1) Req 8 déc. 1891, D. 92.1.117. — Civ. rej. 5 mai 1902, D. 1903.1.207.

(2) Req. 27 juin 1893, D. 93.1.418.

(3) 1° Sociétés contractées par des époux communs en biens : Crim. cass. 9 août 1851, précité ; Paris, 14 avr. 1856, précité ; Req. 8 déc. 1891, précité ; Rapp. Req. 6 févr. 1888, précité. — 2° Sociétés entre époux séparés de biens : Paris, 9 mars 1859, S. 50.2.502 ; Paris, 24 mars 1870, S. 71.2.71 ; Civ. rej 7 mars 1888, S. 88.1.105.

(4) Guillaud (contr. de mar., I, n° 229). — Aubry et Rau (t. V, § 503 (bis) texte et note 14). — Lacombe note sous S 88 1.305.

(5) Planiol, revue critique, 1888, p. 276. — Laurent, tome XXI, n° 75.

« matrimonial. Ceci exclut jusqu'à la possibilité d'une
« violation du contrat de mariage ; les biens sociaux lui
« échappent quand les deux époux s'associent, comme
« ils lui échapperaient si chacun d'eux, de son côté, se
« mettait en société avec un tiers. »

Monsieur Pic, professeur de droit à la faculté de Lyon, ne croit pas non plus que l'établissement de sociétés entre époux soit inconciliable avec l'article 1395 (1). On peut, à son avis, former de ces contrats et respecter en même temps l'économie générale du régime matrimonial adopté. Il en serait ainsi notamment dans le cas d'une société constituée entre deux époux communs en biens agissant dans *un seul et même intérêt*, et un ou plusieurs tiers (2), les bénéfices attribués aux époux communs devant se partager entre eux sur les bases mêmes déterminées par le contrat. Il en serait de même d'une société particulière constituée entre époux séparés, toutes les fois que les rédacteurs des statuts auraient pris soin de laisser une quantité suffisante de biens séparés... s'abstenant en outre de choisir un mode d'administration qui placerait le mari

(1) Revue trimestrielle de droit civil, année 1907, p. 489 et suiv.

(2) Trib. comm. Seine, 18 févr. 1896, Journ. des soc., 96.437. — Certains auteurs, qui semblent plutôt favorables à la nullité des sociétés entre époux, se prononcent pour la validité de celle que nous mentionnons au texte.

sous le contrôle de sa femme. — De telles sociétés, ne portant atteinte ni au principe de l'immutabilité, ni aux droits du mari comme chef de l'association conjugale ou de la communauté, ni aux prescriptions impératives des articles 1096-99 et 1840 du code civil, devraient, d'après Monsieur Pic, être déclarées valables.

Mais cet auteur ne prétend pas que les sociétés entre époux ne puissent *jamais* contrevenir à la règle de l'immutabilité. Il admet que parfois elles auront pour but ou pour résultat de modifier le contrat de mariage des époux associés et, dans ce cas, il requiert contre elles la nullité. En somme, il fait dépendre des circonstances la solution du problème qui nous occupe.

A cette conclusion arrivent également Messieurs Pont (1), Labbé (2), Lyon-Caen et Renault (3).

Mais d'autres opinions ont été émises qui font des concessions aux deux théories extrêmes de la validité et de la nullité absolue des sociétés entre époux.

Certains auteurs pensent que les sociétés défendues entre époux communs en biens sont, au contraire, per-

(1) Opinion citée dans la note sous arrêt cour de cass. du 7 mars 1888 (S. 1888. 1. 305).

(2) Voir la note sous arrêt du 6 févr. 1888 (S. 1890. 1. 49).

(3) Traité de dr. commercial, 3^e édit., tome II, 78.

mises entre époux séparés de biens (1), d'autres autorisent sous tous les régimes une société universelle (2), d'autres enfin ne permettent que les sociétés particulières sous un régime qui ne doit pas être la communauté (3 et 4).

2) Mandat entre époux

Si l'on refuse parfois aux époux le droit d'établir entre eux une société, personne ne leur interdit de contracter ensemble un mandat. Étant données, à cet égard, les déclarations du législateur lui-même, on ne pouvait, en effet, songer à formuler une pareille interdiction. Plusieurs articles du code civil autorisent les époux à se donner l'un à l'autre mandat. L'article 1420 permet au mari de s'obliger, par l'intermédiaire de sa

(1) V. Molinier : Tr. de dr. comm., n° 117. — Alauzet : Comment, sur le Code de comm., I, n° 152. — Delvincourt : Cours de Code civil, III, notes et explications, p. 221. — Duranton, XVII, n° 347, note 1. — Huc, IX, n° 39.

(2) Duvergier, Société, n° 102.

(3) Troplong, Contrat de mariage, n° 208-209.

(4) Il est à remarquer que sous l'empire du code civil allemand, qui ne connaît pas l'immutabilité des conventions matrimoniales, et dont la conception des pouvoirs du mari est sensiblement différente de celle du code civil, la validité d'une société entre époux ne paraît pas faire de doute. On consultera avec intérêt sur ce point : GILDEMEISTER, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 1903, cahiers 1 et 2.

femme ; les articles 1539 et 1577 autorisent la femme séparée de biens ou paraphernale à charger son mari de l'administration de ses biens (1).

Mais ces textes ne visent, et nous-même n'avons voulu désigner que le mandat proprement dit, c'est-à-dire révocable.

Quelle solution faudrait-il adopter au regard du mandat irrévocable, qui n'a pas simplement pour but de procurer à l'un ou à l'autre des époux une représentation juridique, mais qui tend à assurer en outre au mandataire certains droits, certains avantages pouvant modifier les conséquences des conventions matrimoniales ?

Il semble que ce mandat irrévocable, donné après la célébration du mariage, doive être frappé de nullité pour violation de l'article 1395 :

Preçons un exemple. Une femme dotale transfère à son mari, au cours du mariage, les pouvoirs d'administration, définis par l'article 1549 c. civ., qu'elle s'était attribués par contrat de mariage.

En agissant ainsi, ne modifie-t-elle pas son régime matrimonial au mépris de la règle de l'immutabilité ?

(1) La jurisprudence a eu parfois à appliquer la règle que nous venons d'indiquer. — Consulter : Req., 21 avril 1898, D. 98. 1. 506 et Rapp. civ. rej., 8 janv. 1890, D. 91. 1. 225.

Un certain nombre d'auteurs le pensent (1), mais la cour de Montpellier, à laquelle le cas fut soumis (2), a émis l'opinion contraire pour les motifs suivants :

« Attendu que la femme paraphernale peut incon-
« testablement transférer à son mari ses pouvoirs d'ad-
« ministration, qu'on ne comprendrait pas que la
« femme dotale ne jouît pas de la même faculté alors
« qu'elle a pour effet de la faire rentrer dans le droit
« commun, qui veut que le mari ait l'administration de
« la dot ; — que cette transmission ne saurait être
« considérée comme une atteinte aux conventions
« matrimoniales ; que si la femme paraphernale ne
« peut être considérée comme modifiant son contrat
« de mariage lorsqu'elle remet au mari l'administra-
« tion qu'elle tient de la loi, il ne saurait en être
« autrement de la femme dotale qui remet à son mari
« l'administration qu'elle tient du contrat ; — que l'im-
« mutabilité des conventions matrimoniales a surtout
« pour objet de rendre intangible le régime adopté,
« les avantages que les époux se sont faits et ce qu'ils
« ont reçu des tiers ; qu'elle ne saurait garantir au

(1) Nous citerons MM. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville* (Traité du contrat de mariage, p. 136). — Guérin (Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, thèse Paris, 1906). — Sarrut (Note sous arrêt du 15 mai 1899, D. 99. 1. 353).

(2) Arrêt du 29 nov. 1897 (sous arrêt cass. du 15 mai 1899 précité).

« même titre de simples pouvoirs d'administration qui
« peuvent, sans altérer le fond du contrat, passer des
« mains de la femme à celles du mari... »

3) Convention contraire à l'art. 1407, c. civ.

On s'est encore demandé s'il fallait voir une convention prohibée par l'article 1395, dans la stipulation portant que l'immeuble acquis pendant le mariage, à titre d'échange contre un immeuble propre de la femme, entrera dans la communauté, au lieu d'être subrogé, conformément à la disposition de l'article 1407, à celui qui a été aliéné (1).

Certains auteurs (2) admettent qu'une pareille stipulation est licite, et ils invoquent les raisons suivantes ; L'article 1407 interprète simplement l'intention probable des parties, en subrogeant à l'immeuble propre celui qui a été reçu en contre-échange. Rien n'empêche les époux d'écarter ou de modifier, d'un commun

(1) Pour que le doute soit possible, il ne faut pas, évidemment, que l'aliénation d'un bien de la femme ne soit permise que sous la condition d'un bon et valable emploi, dont les tiers seraient responsables — dans ce cas, la stipulation envisagée au texte n'aurait aucune efficacité.

(2) Consulter : Troplong, t. I, n° 639. — Aubry et Rau, tome V, § 503, texte et note 23, in fine. — Guillouard, Traité du contrat de mariage, t. I, n° 231.

accord, l'effet de cette subrogation. De plus, la femme commune conserve la libre disposition de ses immeubles ; elle aurait donc pu aliéner, sans emploi, celui qu'elle a échangé et le prix en serait tombé dans la communauté. Pourquoi donc ne pourrait-elle pas aussi bien stipuler que l'immeuble acquis en contre-échange tombera dans la communauté ? En cela elle ne fait qu'exercer le droit qui lui appartient sur son patrimoine.

Cette théorie a été l'objet de sérieuses critiques. C'est sans doute, a-t-on répondu, par une interprétation de la volonté des parties que l'article 1407 attribue le caractère de propre à l'immeuble acquis en échange d'un propre ; les futurs époux auraient pu, avant le mariage, exprimer une volonté contraire ; mais, s'ils ne l'ont pas fait à ce moment, ils se sont, par là même, soumis à la règle légale et n'ont plus le droit de s'en écarter. S'ils avaient formellement inscrit dans leur contrat la disposition de l'article 1407, on n'hésiterait pas à considérer comme nulle toute convention contraire intervenue au cours du mariage ; il ne leur est pas plus permis de déroger à leur convention tacite (a. 1395) (1).

(1) Consulter Laurent, t. XXI, n° 87. — Garrelon, p. 153-154. — Baudry-Lacantinerie et Le Courtois et Surville (Traité du contrat de mariage, t. I, p. 129).

La jurisprudence n'a pas été appelée à statuer directement sur la question qu'on vient d'examiner. On peut citer toutefois, dans le sens de la première opinion, un arrêt rendu en matière fiscale (1), d'où il résulte que la femme a la faculté d'accepter ou de refuser le remploi résultant pour elle de l'article 1407, en cas d'échange d'un de ses immeubles propres. On peut encore citer, en faveur de la même opinion, les motifs d'un autre arrêt de la Cour suprême (2). Il s'agissait, dans l'espèce, de l'échange d'un immeuble propre fait par les époux pendant le mariage contre un autre immeuble et moyennant une soulte. Dans la liquidation de la communauté, l'immeuble acquis en échange avait été considéré comme propre pour la partie équivalente à la valeur du propre échangé, et comme acquêt pour le surplus. La cour de cassation a déclaré, au point de vue fiscal, que l'immeuble était propre pour le tout, conformément à l'article 1407, par la raison que, « en lui attribuant un caractère mixte, pour en « faire une propriété indivise entre eux, l'époux survi-
« vant et les héritiers du conjoint prédécédé n'avaient
« point exercé une faculté qui eût été antérieurement
« réservée par les époux ». Ce motif implique que les

(1) Cass. 31 juillet 1832 (Sirey, 1832. 1. 545).

(2) Cass. 9 août 1870 (Dall. 71. 1. 156).

époux auraient pu stipuler dans l'échange que l'immeuble serait commun pour partie, par dérogation à l'article 1407 ; or, s'ils pouvaient déroger partiellement à cet article, ils pouvaient aussi y déroger entièrement.

III. — Enfin nous signalerons dans la doctrine et la jurisprudence certaines indécisions qui, étant donnés les cas où elles se sont manifestées, nous paraissent facilement excusables.

PREMIER CAS

Peut-on modifier les donations faites par contrat de mariage ?

a) Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne s'oppose pas à ce que les époux puissent se faire pendant le mariage des donations révocables. Ainsi, lorsque, par contrat de mariage, les époux se sont fait mutuellement une donation universelle en usufruit au profit du survivant, mais sous une condition, par exemple, sous celle de ne pas se remarier, la condition peut être supprimée par un acte émané d'un seul des conjoints, et contenant donation nouvelle des mêmes biens ; il y a là donation

révocable, et non changement prohibé aux conventions matrimoniales (1).

Pourtant, dans cet exemple, la thèse de la jurisprudence pouvait soulever des doutes. Supprimer la condition indiquée, n'était-ce pas modifier la donation qui, faite par contrat de mariage, devait rester immuable ? (2). Le tribunal d'Evreux et la cour de Rouen l'ont pensé ; et, dans une hypothèse toute semblable, ils ont donné une solution inverse de celle que nous avons rapportée (3).

Le contrat de mariage assurait au survivant des époux l'usufruit d'une partie des biens du prédécédé ; mais cet usufruit devait s'éteindre en cas de second mariage. Or, par testament, le prémourant exprima la volonté de laisser à son conjoint un usufruit plus étendu, débarrassé de la restriction stipulée au contrat. Le tribunal et la cour prononcèrent la nullité de ce legs.

b) Si l'on déclare immuables les libéralités faites par contrat de mariage, on autorise du moins les changements qui ont trait simplement à leur exécution. Cette autorisation ne contrevient pas, en effet, à l'ar-

(1) Paris, 3 juin 1843. (P. 43, 2, 66).

(2) Voir Bastia, 16 janvier 1856. D. 56. 2. 58.

(3) Rouen, 15 décembre 1891, S. 93. 2. 217.

ticle 1395 puisqu'elle ne vise pas de véritables modifications du pacte matrimonial.

Ainsi la doctrine et la jurisprudence permettent de changer le mode de paiement de la dot (1). Par application de cette idée, il a été jugé (2) qu'une dot promise en argent dans le contrat de mariage pouvait être payée en immeubles.

De même, il a été décidé qu'une rente constituée en dot pouvait être transformée, du consentement des époux, en un capital payé d'une façon définitive (3).

Plus récemment, la cour d'appel de Bordeaux et la cour de cassation (4) ont déclaré « qu'il est loisible
« à un père de famille de convenir avec son fils que
« la pension qu'il lui avait assurée par son contrat
« de mariage sera convertie en prestations de logement et de nourriture ».

M. Laurent a combattu cette théorie. Pour lui on ne peut admettre la validité d'un changement à l'exécution de la donation, si le contrat de mariage n'en

(1) « Du moment, dit M. Guillouard, où la valeur de la dot reste la même, le changement dans le mode de paiement ne modifie pas les conventions matrimoniales; c'est bien la dot promise qui est payée ».

Par application de cette idée.

(2) Req. 4 août 1852, D. 52, 1. 193 — Cid, cass. 8 déc. 1874, D. 75 1. 33.

(3) Paris, 11 mars 1879, D. 80. 2. 228. Civ. cass. 22 juil. 1889, D. 90 1. 425.

(4) Paud. fr. 1901. 1. 246. Voir aussi Cass. req. 14 nov. 1898. Pand. fr. 1899. 1. 93.

a pas prévu la possibilité. Le paiement n'est pas une chose indifférente, et le but de la loi n'est pas atteint si on peut le modifier. Le peu d'importance de la transformation ne suffit pas à faire fléchir la règle de l'article 1395 ; autrement, on tomberait dans l'arbitraire.

Dans le sens de cette deuxième opinion, on trouve un arrêt de la cour de Dijon du 17 juillet 1816 (1). « Lorsque, a déclaré cette cour, les père et mère de l'un des époux lui ont, par contrat de mariage, constitué en dot une rente, l'acte postérieur au mariage, par lequel ils fixent le capital de cette rente, le déclarent exigible à la volonté des époux et accordent une hypothèque pour sûreté du paiement, est une véritable contre-lettre nulle en ce qu'elle apporte des changements aux conventions matrimoniales, dans le sens de l'article 1395 c. civ.

Dans cette espèce, l'acte additionnel au contrat de mariage renfermait une offre de dation en paiement, qui, en vertu de l'article précité, a paru illicite aux magistrats.

c) En même temps a été tranchée la question de savoir si les constituants d'une dot peuvent, au cours :

(1) S., 1818. 2. 129.

du mariage, accorder des garanties pour son paiement. La cour de Dijon leur en a refusé le droit ; mais c'est là une décision exceptionnelle. La jurisprudence se prononce généralement en sens contraire (1). Constituer une hypothèque pour sûreté de la dot, ce n'est pas, en effet, modifier le contrat de mariage des époux donataires, c'est tout simplement prévoir et faciliter l'exécution de cette libéralité.

d) Faut-il aussi regarder comme un changement sans importance, ne blessant pas la règle de l'immutabilité, le fait de retarder pendant le mariage l'échéance de la dot ? La cour de Bordeaux, dans un arrêt du 29 mars 1851 (2), s'est prononcée pour l'affirmative. « Bien que, a-t-elle dit, le contrat de mariage porte que la dot sera payable le jour de la célébration qui vaudra quittance, la stipulation d'un délai pour le paiement de cette dot ne saurait être attaquée par les tiers comme apportant un changement aux conventions matrimoniales. » Cependant, les auteurs et la jurisprudence admettent très généralement l'opinion con-

(1) Dijon, 9 décembre 1881. Rec. arr. Dijon, 1881, p. 335. — Paris, 15 juin 1825, P. 25. 3. 264. — Lyon, 24 janv. 1885, Monit. jud. Lyon, du 16 mai 1885. — Bordeaux, 29 mars 1851, D. P. 52. 2. 111. — Cass. 22 août 1882 S. 83. 1. 25.

(2) D. 1852, 2. 111.

traire (1). Consentir au débiteur de la dot un délai pour sa libération, c'est, en effet, modifier le don primitif en en diminuant sensiblement les avantages, — c'est renoncer en partie à ce don.

DEUXIÈME CAS

Peut-on renoncer aux donations faites par contrat de mariage ?

Mais alors, l'article 1395 empêche donc les renonciations, de la part des époux, aux libéralités qui leur sont faites dans leur contrat de mariage ? D'une façon générale, il faut répondre affirmativement. Nombreuses sont les décisions judiciaires qui ont annulé ces renonciations.

a) Pour les donations entre futurs époux, la question a été posée et résolue à propos de gains de survie. Nos magistrats ont déclaré que renoncer à ces avantages était une chose illicite. Ce point est tellement bien établi en jurisprudence que devant la cour de cassation on semble ne plus oser le contester. Ainsi, en 1893, on s'est borné à soutenir la validité d'une

(1) Rouen, 22 juill. 1863, S. 64. 2. 108. — Civ. cass. 4 déc 1867, S. 68. 1. 153.

garantie, souscrite par une belle-mère envers son gendre; pour le cas où la nullité de la renonciation consentie par sa fille à un gain de survie, stipulé au contrat de mariage, serait invoquée. La chambre civile de la cour suprême, dans un arrêt de rejet du 22 janvier 1894 (1), a annulé cette garantie elle-même, la nullité des engagements pris par le gendre ayant pour conséquence la nullité de ceux que sa belle-mère prenait envers lui.

b) Relativement aux libéralités faites par des tiers aux futurs époux, on trouve aussi des arrêts à l'appui de notre affirmation.

Il a été jugé qu'un mari ne peut pas :

1° Renoncer à exiger la dot promise ni directement (2), ni indirectement en se reconnaissant débiteur d'une somme égale envers celui qui l'a constituée (3) ;

2° Faire remise des intérêts de la dot (4).

De même il a été déclaré qu'une donation faite par

(1) S. 94. 1. 173.

(2) Limoges, 13 juill. 1878, S. 78. 2. 269.

(3) Rennes, 1^{er} mars 1849, S. 49. 2. 602 Metz, 26 nov. 1823, Rép. Dall. t. du contr. de mariage. § 329 et 387.

(4) Pau, 9 janv. 1838, S. 39. 2. 339. Rennes, 1^{er} mars 1849, S. 49. 2. 602, Rouen, 22 juil. 1833, S. 64. 2. 108.

préciput ne peut, dans un partage d'ascendants, devenir une donation en avancement d'hoirie (1).

Enfin, nous mentionnerons une application intéressante faite par le tribunal civil d'Oran. Un père et une mère avaient constitué en dot à leur fille une rente de 1.200 francs garantie par une hypothèque ; après le mariage, les époux consentirent à une réduction de la rente et promirent de donner mainlevée de l'inscription hypothécaire ; mais des dissentiments de famille s'étant élevés, les époux revinrent sur leur promesse et réclamèrent l'exécution pure et simple de leur contrat. Ils obtinrent gain de cause devant le tribunal d'Oran (2).

c) Toutes ces décisions respectent parfaitement le principe de l'immutabilité ; cependant, il y a des cas où la renonciation ne semble pas changer le contrat de mariage. Souvent, en effet, les époux se privent d'une libéralité qu'ils ont reçue dans cet acte pour en faire profiter une autre personne. Ils veulent transférer à celle-ci le bénéfice de la donation et, dans ce but, ils l'abandonnent volontairement. Malgré la règle de l'article 1395, ce transfert paraît bien valable, car ce n'est pas changer une convention que céder à un tiers le

(1) Cass. 29 mai 1866, D. 66. 1. 397.

(2) Trib. civ. d'Oran, 5 mai 1897 : Gazette des tribunaux, 21 sept. 1897.

droit résultant de cette convention. En agissant ainsi, on exerce simplement ce droit, on fait en réalité un acte de propriétaire.

C'est pour ce motif que la cour de cassation, le 18 avril 1812 (1), refusait d'annuler la renonciation faite en faveur de leurs enfants, par des père et mère, aux avantages éventuels et réciproques stipulés par leur contrat. Une telle renonciation, dit l'arrêt, est l'*exécution* du contrat, plutôt qu'une *dérogation*.

Depuis, d'autres décisions sont venues confirmer cette thèse.

Il a été jugé, par exemple, qu'un époux peut renoncer, en faveur de l'un de ses enfants, au gain de survie stipulé à son profit dans son contrat de mariage (2).

De même un arrêt de la chambre des requêtes (3) a déclaré que « la clause d'un contrat de mariage contenant donation au survivant des époux de la totalité du mobilier de la communauté, sous réserve de la libre disposition d'une somme déterminée, n'empêche pas nullité de la donation que le mari a faite en plus de cette somme à l'un de ses successibles, alors que la femme y a concouru ».

(1) Voir D. rép. t. du contrat de mariage, § 332.

(2) Req. 16 juill. 1849, D. 49. 1. 304.

(3) 16 fév. 1852, D. 52. 1. 294.

La cour de cassation a permis encore à des époux qui avaient attribué l'usufruit de la société d'acquêts au survivant de faire à un enfant commun la donation d'une somme prise sur cette société (1).

Les auteurs approuvent les solutions de la jurisprudence que nous venons de rapporter. On se trouve là, disent-ils, en présence de renonciations *translatives* qui, à la différence des renonciations simplement *abdicatives*, ne blessent pas la règle de l'immutabilité et doivent, par conséquent, recevoir exécution.

Mais une question se pose immédiatement : Y a-t-il un moyen de distinguer en pratique les deux sortes de renonciations ? Il faut rechercher, nous dit-on, dans chaque cas particulier, si les époux ont voulu faire une libéralité nouvelle, ou au contraire rendre simplement au donateur la disposition de ses biens. Malheureusement, ce critérium n'est pas très sûr, car l'intention des parties pourra, en de certaines circonstances, être difficile à connaître.

D'ailleurs notre article 1395 semble bien exiger une solution plus rigoureuse et ne pas permettre la validité des renonciations, même translatives. Voici, en effet, en quels termes M. Dalloz relève les inconvénients aux-

(1) Cass, 1^{er} juill. 1889, D. 90. 1. 123.

quels peut se heurter la théorie commune : « Il y a,
« dit-il, à craindre dans ce système les abus qui ont
« fait proscrire les dérogations au contrat de mariage,
« c'est-à-dire l'esprit de spéculation entre les époux (le
« donateur aura peut-être un avantage personnel dans
« la convention avec le tiers), le danger de la captation
« ou de la violence pour obtenir le consentement du
« conjoint donataire, la discorde dans le ménage, le
« mécompte des tiers qui consulteront le contrat de
« mariage pour apprécier les ressources éventuelles du
« donataire » (1).

Un arrêt de la cour de Toulouse semble avoir donné raison à cet auteur. La renonciation faite par une femme à ses gains nuptiaux, du vivant du donateur, paraissait être, d'après les faits, le résultat de l'influence maritale — la cour en a prononcé la nullité en se basant sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (2).

Lorsque la renonciation est faite par testament, il n'y a plus à rechercher si elle est abdicative ou translatrice : dans tous les cas, elle est valable. « Cette distinction, dit M. Dalloz (3), qui a sa raison d'être

(1) Rép. Dalloz, p. 87, § 330. Voir également Pla-man, des Contre-lettres, § XXXV, p. 149.

(2) Toulouse, 7 mai 1829. S. 30. 2. 240.

(3) Rép. Dall. Suppl. t. IV, p. 20, n° 90.

« pendant le mariage, ne se comprend plus guère alors
« que l'époux qui fait son testament dispose pour le
« temps où le mariage n'existera plus. Pour ce temps-
« là, toute renonciation à un droit, même à une dot
« constituée par un tiers, sera nécessairement un acte
« de disposition ».

M. Dalloz est ici l'interprète de l'opinion générale.
Nous signalerons cependant l'avis opposé de M. Lau-
rent, qui maintient, même en ce cas, la séparation
entre les renonciations pures et simples et celles qui
constituent des actes de disposition (1).

TROISIÈME CAS

Peut-on modifier par testament les clauses de son contrat de mariage ?

Nous venons d'envisager ainsi un aspect particulier
d'une question plus générale que l'on peut formuler en
ces termes : « Est-il permis de modifier par testament
les clauses de son contrat de mariage ? La réponse
affirmative est celle qui rallie le plus de partisans. Pour
défendre cette opinion, on raisonne de la façon sui-

(1) Laurent, t. XXI, § 88.

vante : lorsque le testament produit effet, il n'y a plus de mariage, par conséquent plus de régime ni de conventions matrimoniales.

Mais quelques auteurs protestent contre cette théorie trop absolue (1). Les conventions matrimoniales, font-ils remarquer, peuvent avoir encore des effets à produire à l'époque où le testament doit s'exécuter.

Pourquoi ne pas appliquer alors le principe de l'immutabilité ? L'article 1395 ne distingue pas entre les dispositions de dernière volonté et les autres, et il y a les mêmes motifs d'exiger de celles-ci et de celles-là qu'elles ne changent rien au pacte pécuniaire des époux.

Ajoutons que tout le monde est d'accord, néanmoins, pour déclarer qu'un mari ou une femme ne peut, dans son testament, porter atteinte aux droits déjà acquis par suite du contrat de mariage ni diminuer les avantages qui en résultent pour son conjoint (2).

Veut-on maintenant avoir l'explication de toutes ces

(1) V. rép. Carpentier, t. XIV, p. 77, § 661 et 2 Delepoulle, thèse Paris, 1894, p. 328 et 9. Note de M. Tissier, sous arrêt de la cour de Rouen du 15 déc. 1891, Sirey, 1893, 2. 217.

(2) Voir en ce sens : Cass. 27 mai 1817, Perray (S. et P. Ch.) — Note de M. Planiol sous arrêt de la cour de Paris du 24 mars 1903. (D. 1903. 2. 1). — Besançon, 6 janv. 1906, S. 1906. 2. 131. — Rouen, 15 déc. 1891 précité.

controverses que nous venons d'examiner ? La voici. Le principe de l'immutabilité se heurte au pouvoir que possèdent les époux d'administrer leurs biens et d'en disposer librement, à la faculté qu'ils ont de se faire des donations entre vifs et de passer entre eux la plupart des contrats à titre onéreux. Ainsi que le dit fort bien M. Kuntz « en présence de ces divers principes, « il est difficile d'indiquer quelle est la part d'action de « l'immutabilité. Déjà nos anciens auteurs étaient fort « embarrassés, et pourtant ils prohibaient les donations « entre époux et tous les contrats en général ; ils pou- « vaient invoquer la conservation des biens dans la « famille ; ils avaient au moins comme motif virtuel « d'indissolubilité du lien matrimonial. Les rédacteurs « du code civil ont modifié ces règles, ont supprimé « ces motifs, et ils ont conservé telle qu'elle existait la « théorie de l'immutabilité. Ils lui ont donné pour fon- « dement la protection due aux époux ; ils n'ont pas vu « que ces raisons n'exigeaient pas une conséquence « aussi absolue que celle de l'article 1395 » (1).

(1) Henri Kuntz, op. cit. *Revue générale du droit et de la législation*, année 1884, p. 30.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Nous avons terminé ainsi l'examen des inconvénients du principe de l'immutabilité. Il nous reste maintenant à répondre à une objection déjà prévue (1), inspirée par le souci de l'intérêt des tiers. Ceux-ci, dit-on, ne seraient-ils pas exposés à des surprises et à des fraudes de la part des époux au cas où l'on supprimerait notre article 1395. Nous avons déjà laissé entendre que l'on pourrait alors protéger ces tiers en les informant, par des mesures de publicité obligatoires, des modifications apportées au contrat de mariage des époux. Ce moyen est du reste employé par plusieurs législations étrangères, qui n'admettent pas la règle de l'immutabilité ; nous allons voir comment, en Allemagne et en Suisse, il est organisé.

Tout d'abord, dans ces deux pays, on a voulu laisser

(1) Voir page 20.

la plus grande liberté aux époux. On leur a donné le droit « de régler leur régime matrimonial par contrat, notamment d'abolir ce régime ou de le changer, même après la célébration du mariage » (1). Ce sont les termes même de l'art. 1432 du code civil allemand (2).

Cette solution n'était pas, chez nos voisins, une innovation. Avant la rédaction du nouveau code de 1900, les législations allemandes autorisaient en général les pactes postnuptiaux. La loi prussienne apportait à la faculté laissée aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales certaines restrictions inspirées par l'intérêt des tiers. Seuls le droit badois (3) et des pays rhénans admettaient le principe de l'immutabilité.

De même en Suisse, les codes cantonaux du groupe bernois permettaient aux personnes *déjà mariées* de faire un contrat de mariage — et cela avant que fut

(1) Art. 1432 du code civ. allemand. Voir également code civ. suisse, art. 179, § 1 et 180, § 1.

(2) Il est vrai que le droit suisse semble apporter une restriction à cette grande liberté dont nous parlons. En effet, d'après l'art. 179, § 2, les époux doivent adopter l'un des régimes déterminés par le code, et ils n'y peuvent apporter que les changements autorisés explicitement ou implicitement par la loi. En réalité, cette restriction n'en est pas une. Le code suisse a prévu tous les arrangements que peut suggérer la prudence ou que la tradition séculaire a rendus familiers aux populations des divers cantons. Avec les trois régimes de l'union des biens, de la communauté, de la séparation et les clauses qui peuvent les modifier, il est pourvu à tous les besoins.

(3) Land.-Bad., 1394 et 1395.

entrepris, par M. Huber, le travail de codification qui devait aboutir en 1907.

De son côté, la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil, reconnaissait la possibilité de modifier le régime matrimonial pendant le mariage.

1° Registres des régimes matrimoniaux.

Le principe de l'immutabilité n'ayant triomphé ni en Allemagne ni en Suisse, il fallut s'occuper de protéger les tiers.

A cet effet, on établit des registres publics (appelés registres du régime des biens ou des régimes matrimoniaux) dont la tenue fut confiée : par le législateur allemand, au juge ou à l'un des juges composant le Tribunal de baillage, par le législateur suisse au préposé au registre du commerce (1 et 2).

Ces registres ont pour but de porter à la connaissance des tiers les conventions matrimoniales des

(1) Voir code civ. allemand, art. 1358 et code civ. suisse, art. 251.

(2) Pour que les conventions matrimoniales faites au cours du mariage soient valables, on exige, du reste, en plus de cette publicité par les registres matrimoniaux, d'autres conditions : a) qu'elles soient faites en la forme authentique (art. 1434, code civ. allemand et 181, § 1 du code civ. suisse. — b) En Suisse seulement, qu'elles soient en outre approuvées par l'autorité tutélaire (art. 181, § 2).

époux. En effet, les inscriptions qui sont faites sur ces livres peuvent être communiquées au public. Toute personne peut obtenir, sur sa demande, des copies ou extraits de ces inscriptions (1). Il n'est même pas nécessaire de justifier d'un intérêt quelconque à cette communication.

Par surcroît de précautions, on exige, de plus, que le contenu de ces registres soit publié. « Le tribunal de baillage, dit l'art. 1562 code civ. allem. a charge de rendre publique l'inscription par la voie du journal désigné pour recevoir ses publications (2).

Mais les renseignements fournis par cette publicité secondaire ne sont pas très complets : notre article ajoute en effet : « Lorsqu'on inscrit un changement de régime, la publication doit se borner à la désignation du régime, et, si celui-ci est réglé en dérogeant à la loi, à une désignation générale de la dérogation ».

Le code civil suisse n'est pas plus exigeant. Aux termes de l'article 251 « la publication du contrat de mariage mentionne simplement le régime matrimonial adopté par les époux ». Moins précis que les auteurs

(1) Voir code civ. allemand, art. 1563 et code civ. suisse, art. 251, § 2.

(2) Les termes mêmes de cette disposition montrent qu'il n'y a là qu'une mesure réglementaire confiée au tribunal et dont l'inobservation n'engagerait pas la responsabilité des époux.

de la loi allemande, les rédacteurs du code suisse ne donnent pas d'ailleurs d'autres indications sur ce sujet. Ils nous font comprendre qu'ils veulent, en dehors des inscriptions sur les registres, une publicité secondaire, mais ne nous disent pas comment il faut l'organiser (1).

Parmi les registres des régimes matrimoniaux répartis sur le territoire allemand et suisse, lequel faudra-t-il choisir pour faire telle inscription déterminée ? La loi répond : celui du domicile du mari (2).

Mais qu'arrive-t-il si le mari change de domicile ? s'il quitte le ressort du Tribunal de baillage ou l'arrondissement dans lequel avaient eu lieu les inscriptions concernant son régime matrimonial ?

Ces inscriptions doivent être reportées sur le registre du nouveau domicile adopté. La loi suisse ne donne que trois mois à partir du changement de domicile pour opérer le transport et déclare les

(1) On peut démontrer encore la nécessité de cette publicité secondaire par un argument d'analogie tiré de l'art. 863 du code fédéral des obligations, et dire de même : les inscriptions sur le registre des régimes matrimoniaux ne seront « opposables aux tiers qu'à partir du moment où ils ont pu en avoir connaissance par une publication officielle ».

Voir également art. 248 c. civ. suisse al. 1^{er} in fine.

(2) Voir c. civ. allem., art. 1558 § 1 in fine et la note dans le code publié par le Comité de législation étrangère, c. civ. suisse, art. 250 § 1.

V. également art. 7, 9 et 11 du code civ. allemand et art. 23 code civ. suisse (sur la notion de domicile).

anciennes inscriptions périmées au bout de ce temps. En Allemagne, aucun délai de ce genre n'étant prescrit, il faut dire que les anciennes inscriptions ne sont plus efficaces, et ne peuvent plus inspirer confiance aux tiers une fois que la nouvelle installation du mari est un fait accompli. Pourtant elles recouvrent leur efficacité si le mari retourne s'établir dans l'ancien ressort (1).

Pour qu'une inscription soit faite sur les registres il faut que les époux la requièrent (2). La pensée générale de la loi allemande à cet égard, c'est qu'au fond, chaque époux doit avoir le droit de faire cette réquisition, destinée à prouver l'efficacité des clauses ou événements dont la publicité est nécessaire. Toutefois, en principe, pour couper court à toute contestation sur l'application régulière de la publicité, la loi veut une réquisition « *des deux époux* », sauf à forcer

(1) Cela suppose naturellement que ces inscriptions subsistent, donc n'ont pas été rayées. On en peut conclure que le Tribunal ne doit pas ordonner d'office la radiation lorsqu'il a connaissance du changement de domicile.

(2) C. civ. allem., art. 1360; c. civ. suisse, art. 249 § 2. Consulter également art. 129 c. civ. all.; art. 167, 183, 191 § 2, Freiw. Ger. Ges. — Adde, sur la manière de faire la réquisition, l'article 161 même loi. L'art. 128, applicable, suivant ce dernier texte, écarte l'art. 11 de la même loi. — En Allemagne, l'inscription, faite à défaut de réquisition, n'étant pas régulière, pourrait être rayée d'office dans les conditions des art. 142-14, Freiw. Ger. Ges.

la résistance du conjoint injustement récalcitrant (1). Par exception, elle admet que la réquisition d'un des époux suffit, soit lorsqu'il accomplit seul le fait à publier (2), soit lorsque les circonstances et la production de certaines pièces suppriment toute difficulté touchant l'application régulière de la publicité (3).

La loi suisse, moins prévoyante que la loi allemande, n'exige en principe que la réquisition de l'un ou de l'autre des conjoints (4).

2° Ce qu'il faut inscrire sur ces registres

Nous devons maintenant rechercher ce que, d'après l'intention du législateur étranger, il faudra inscrire sur les registres matrimoniaux.

L'article 1435 du code civil allemand et l'article 248 du code civil suisse répondent d'une façon générale à cette question. Voici comment s'exprime le premier :

« Lorsque l'administration et jouissance du mari (5)

(1) C. civ. all., art. 1561 § 2. Cbn. art. 894 c. pr. all.

(2) Voir c. civ. all. art. 1561 § 1.

(3) Voir c. civ. all. art. 1561 § 3.

(4) C. civ. suisse, art. 249 § 2.

(5) L'article 1435 (comme un certain nombre du reste d'autres articles) entend par là le régime légal auquel sont soumis les époux en l'absence de contrat de mariage.

« est exclue ou modifiée par contrat de mariage, on
« ne peut, à l'égard d'un tiers, tirer des moyens de
« défense de ces exclusion et modification contre un
« acte juridique accompli entre le tiers et l'un des
« époux, ou contre un jugement rendu entre eux et
« passé en force de chose jugée, que si, à l'époque ou
« l'acte a été accompli ou bien la litispendance s'est
« produite, les dites exclusion ou modification étaient,
« soit inscrites au registre du régime des biens du
« Tribunal de baillage compétent, soit connues du tiers.

« Il en est de même, lorsqu'un règlement des rap-
« ports constituant le régime des biens, inscrit au
« registre du régime des biens, est supprimé ou
« modifié par contrat de mariage ».

L'article 248 du code suisse déclare d'autre part :

« Les contrats de mariage, les décisions judiciaires
« concernant le régime matrimonial et les actes juri-
« diques intervenus entre époux au sujet des apports
« de la femme ou des biens communs ne déploient
« d'effets à l'égard des tiers qu'après leur inscription
« au registre des régimes matrimoniaux et leur publi-
« cation ».

En analysant ces deux textes, on se rend compte qu'il faudra inscrire :

1°) Les dérogations au régime légal *voulues par les deux époux* ;

2°) Les dérogations apportées à un régime conventionnel *du consentement encore des deux époux* (1) ;

3°) Les dérogations qui surviennent au régime légal ou à un régime conventionnel *sans le concours de la volonté des deux époux* (2).

Ici, quelques explications sont nécessaires sur le régime matrimonial de droit commun en Allemagne et en Suisse.

Dans ces deux pays la situation des personnes qui sont mariées sans contrat est à peu près la même. Chacun des époux conserve la propriété distincte et séparée de ses biens, mais la femme laisse au mari

(1) Au sujet de ces dérogations, il faut remarquer que l'article 1435 § 2 ne s'applique pas aux contrats de mariage, qui modifieraient un régime conventionnel « *non inscrit au registre du régime des biens* » ou qui le remplaceraient par le régime de droit commun. A plus forte raison, ne s'applique-t-il pas au cas de la suppression ou modification d'un régime, qui se serait établi en dehors d'un contrat de mariage (telle une séparation de biens prononcée par justice) et qui n'aurait pas été inscrit.

(2) N. B. En tenant compte de l'article 249 du c. civ. suisse, on arrive à cette conclusion que ce ne sont pas tous les contrats de mariage dérogeant au régime légal ordinaire, ni toutes les clauses dérogoratoires de semblables contrats qui seront inscrits, mais uniquement ceux ou celles qu'on voudra rendre opposables aux tiers.

l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle, à l'exception toutefois de ses « *biens réservés* » (1). La « *Communauté d'administration* » (*Verwaltungsgemeinschaft*) en Allemagne et « *l'Union des biens* » en Suisse ressemble donc assez étroitement au régime français dit « *Sans communauté* ». Nous signalerons cependant une particularité de la loi suisse. Elle veut que les bénéfices réalisés soient répartis à la dissolution du mariage entre les époux ou leurs héritiers. Elle en attribue un tiers seulement à la femme, les deux autres tiers devant rester au mari (2).

Il y aura, par suite, dérogation conventionnelle à ce régime légal quand les époux auront adopté la communauté. Celle-ci pourra d'ailleurs être plus ou moins large, notamment être stipulée universelle ou simplement réduite aux acquêts. Il en sera de même dans le cas où la séparation de biens aura été voulue par les époux, quand même ceux-ci ne l'auraient établie que

(1) On appelle « *Biens réservés* » une catégorie de biens qui sous tous les régimes matrimoniaux, à l'exception, naturellement, de celui de la séparation, où les patrimoines des deux époux demeurent à leurs propriétaires, est assimilée au point de vue des droits de disposition, d'administration et de jouissance, à la fortune de conjoints séparés de biens.

(2) Voir c. civ. suisse, art. 214.

partiellement au moyen d'une stipulation de « *biens réservés* » (1).

Mais la séparation de biens n'est pas seulement conventionnelle, elle peut être aussi judiciaire ou légale. La première a lieu notamment dans un certain nombre de circonstances dénotant l'indignité ou l'incapacité du mari (2 et 3) ; quelquefois cependant, elle sera causée par la faute de la femme (4 et 3). La seconde résulte surtout de la faillite du mari (5 et 3). En Suisse, non seulement la faillite du mari, mais encore celle de la femme, produit cette conséquence. Par contre, les Allemands seuls prévoient une autre cause de séparation légale : la déclaration de décès du mari disparu (6). D'après ce que nous avons dit au début de ce paragraphe, toutes ces circonstances devront être mentionnées sur le registre du régime des biens.

(1) Voir code civ. all., art. 1371 ; voir code civ. suisse, art. 192. Il est à remarquer que le régime dotal n'est prévu ni par le code allemand, ni par le code suisse. En Allemagne, en vertu de la liberté des conventions matrimoniales, les époux peuvent toujours le stipuler par contrat de mariage ; mais en Suisse, à cause de l'article 179, § 2 c. civ., ils n'ont pas la faculté de l'établir avec toutes les règles qui le caractérisent notamment l'inaliénabilité dotal).

(2) Voir c. civ. all., art. 1418, 1468, 1470 ; voir c. civ. suisse, art. 183, 186, § 3.

(3) Voir c. civ. all., art. 1431 ; voir c. civ. suisse, art. 186, § 3.

(4) Voir code civil all., art. 1469, 1470. Code civ. suisse, art. 184.

(5) Voir c. civ. all., art. 1419. C. civ. suisse, art. 182.

(6) Voir c. civ. all., art. 1420.

Jusqu'ici, nous n'apercevons, sur ce chapitre, que des différences de détail entre le droit allemand et le droit suisse. La grande particularité de ce dernier consiste vraiment en ce qu'il ordonne, en outre, l'inscription des actes juridiques intervenus entre époux au sujet des apports de la femme ou des biens communs (1). Cette décision est critiquée par MM. Rossell et Mentha (2). D'une part, ils craignent que la tenue du registre des régimes matrimoniaux soit, de ce fait, singulièrement compliquée ; d'autre part, ils pensent que l'action révocatoire des articles 285 et suivants de la loi du 11 avril 1889 (3) aurait pu suffisamment protéger les créanciers (4).

3° Effet des inscriptions

Sanction du défaut d'inscription (5).

Il faut, à ce sujet, envisager trois hypothèses :

1° « *Les conventions matrimoniales que l'on veut opposer aux tiers ont été inscrites.* »

(1) Voir c. civ. suisse, art. 248.

(2) Manuel du droit civil suisse, tome 1^{er}, p. 329.

(3) Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

(4) A noter que des décisions judiciaires ou des actes juridiques entre époux, mentionnés par l'art. 248 c. c. suisse, on n'inscrira que ce qui est indispensable pour renseigner les tiers.

(5) Nous insisterons particulièrement sur la législation allemande exposée dans le cours de M. Saleilles de l'année 1903-1904.

Dans ce cas, elles gardent toute leur efficacité vis-à-vis des tiers. Comme le registre matrimonial est public, ceux-ci avaient, en effet, le devoir de le consulter. Aussi, ne peuvent-ils pas se prévaloir de leur ignorance.

2° « *Ces conventions n'ont pas été inscrites et sont restées ignorées des tiers.* »

Alors elles ne leur sont pas opposables. Si, en effet, les personnes qui veulent entrer en relations d'affaires avec des époux doivent prêter attention aux inscriptions faites sur les registres, elles ont le droit également de tenir compte de l'absence de toute inscription.

Supposons, par exemple, que le régime occulte adopté par les époux soit celui de la séparation de biens. Le mari donne à bail un immeuble de la femme : ce bail sera opposable à la femme comme il l'aurait été sous le régime légal. En effet, ce qui est en jeu ici, c'est la validité d'un acte fait par le mari ; or, d'après les termes mêmes de l'article 1435 c. c. all., il est impossible de se fonder sur un régime non publié pour annuler un acte passé avec un tiers.

Prenons maintenant quelques exemples de dérogations à un régime conventionnel. Le régime publié était celui de la séparation de biens, et, postérieurement à

la publication, les époux ont passé une convention, restée secrète, aux termes de laquelle ils déclaraient revenir au régime légal. Après cela, la femme vend un de ses biens sans l'autorisation de son mari. Cette vente, nulle en elle-même puisque la séparation de biens a disparu et que le mari est seul administrateur, se trouve cependant valable vis-à-vis des tiers car ceux-ci ne pouvaient connaître le changement de régime opéré clandestinement par les époux.

De même, enseignent les commentateurs du code allemand (1), si un régime de communauté ayant été stipulé par contrat de mariage inscrit, la séparation de biens subséquente n'a pas été publiée, le tiers, devenu postérieurement à celle-ci créancier du mari ou de la femme, pourra invoquer, le cas échéant, les articles 1459 à 1462 code civ. allem. La femme, par exemple, en souscrivant un engagement qui, à s'en tenir au premier régime, formerait une dette de communauté, entraînera la responsabilité de son mari (2).

Mais si le partage de la communauté était intervenu avant la conclusion de l'acte juridique ou avant le règlement de la situation créée par cet acte, on devrait tenir

(1) Voir note sous art. 1435 code civ. allem. Edit. du comité de législation étrangère, p. 224 et 225.

(2) Voir c. c. all., art. 1459, § 2.

compte de l'article 1480. Ce texte applique aux époux ce que nous appelons en France le « *bénéfice d'émolument* » pour les dettes qu'ils n'ont pas contractées personnellement. Le mari ne serait donc poursuivi que sur les biens retirés par lui de la communauté.

Le régime de communauté, au lieu d'être remplacé par la séparation de biens, pourrait être modifié secrètement par une convention de « *biens réservés* » de la part de la femme. Faudra-t-il, dans cette hypothèse, adopter les mêmes solutions que précédemment ? Le mari, disent les auteurs allemands, sera libre de consentir sur les biens réservés les actes qu'il aurait le droit de faire sous le régime de la communauté, mais ses créanciers ne pourront, au mépris de la convention non inscrite, exercer leurs poursuites sur cette catégorie de biens. Cette dernière restriction, qui semble contredire ce que nous avons dit précédemment, se justifie par la raison suivante : il est bien vrai qu'un engagement pris sous le régime de communauté englobe la communauté et les époux dans les limites de l'article 1480 ; mais l'effet direct d'un tel engagement ne va pas jusqu'à assurer aux créanciers l'intégralité du patrimoine commun. On ne peut empêcher le mari d'accomplir des actes de disposition, or il ne fait pas autre chose lors-

qu'il retire de la communauté quelques biens particuliers (1 et 2).

D'ailleurs, il importe de noter que l'article 1435 du code civil allemand n'a en vue que les effets directs des actes passés avec les tiers. Il ne vise pas les modifications résultant moins d'un changement de régime que du droit de disposition appartenant aux époux.

Supposons que la séparation de biens ait été substituée au régime légal, mais que ce changement n'ait pas été publié. Un tiers fait un prêt d'argent au mari ; puis comme il n'est pas remboursé à l'échéance et que les biens du mari sont insuffisants, il veut saisir les fruits et revenus des biens personnels de la femme. Celle-ci, naturellement, va s'y opposer en disant qu'au moment du prêt le régime légal n'existait plus. Trompé dans ses espérances, le tiers va-t-il pouvoir invoquer

(1) Par rapport à la communauté, cet acte du mari est une véritable aliénation.

(2) D'après ce que nous venons de dire, on voit qu'il y a lieu de faire, relativement à l'application de l'article 1435 c. c. all., une distinction fondamentale. Quand il s'agit d'une question de pouvoirs, « cet article s'applique sans difficulté », car ce qui est alors en jeu, c'est la validité même de l'acte. Si donc l'un des époux a fait un acte qu'il n'avait pas le droit de faire sous son véritable régime, resté occulte, mais qui aurait été valable suivant les principes du régime publié, l'acte est valable. Mais lorsqu'il s'agit, non plus seulement d'une question de pouvoirs, mais de préciser et de délimiter le gage des créanciers et de combiner le droit de disposition de l'époux débiteur avec les effets directs de l'acte passé avec les tiers, « la solution ne peut plus être donnée aussi facilement ».

l'article 1435 et prétendre que le régime de séparation de biens étant resté occulte, ne lui est pas opposable ?

Suivant l'opinion généralement admise par les commentateurs du code civil allemand, le tiers ne peut se prévaloir de l'article 1435. En effet, l'acte qu'il a conclu avec le mari est valable indépendamment du régime matrimonial de celui-ci. Le seul résultat du changement apporté aux conventions matrimoniales a été de diminuer le gage du créancier. Mais un débiteur n'est pas responsable de la consistance de son patrimoine. Le tiers est donc dans une situation qui n'a rien d'anormal, à laquelle il pouvait s'attendre. Il ne peut prétendre enlever à son emprunteur son droit de disposition, et à la femme de ce dernier la faculté d'obtenir un changement de régime.

3° « *Les conventions matrimoniales n'étaient pas inscrites mais étaient connues des tiers.* »

Puisqu'on a établi à l'étranger des registres publics, il semble que, pour la validité à l'égard des tiers, des conventions matrimoniales, on doive tenir compte simplement de l'existence ou de l'absence d'inscriptions sur ces registres. Il semble qu'il n'y ait pas à s'inquiéter de la bonne ou de la mauvaise foi de ceux qui veulent contracter avec des personnes mariées. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle on arrive quand on

interprète littéralement l'article 248 du code civil suisse.

« Toutefois, remarquent MM. Rossel et Mentha (1),
« si l'on considère le but de l'institution, qui est des-
« tinée à renseigner le public, et non pas à conférer,
« comme le registre foncier, un certain caractère à
« certains droits, on sera tenté de décider que les tiers
« qui auront appris par une autre voie que celle du
« registre l'existence de faits à inscrire ne pourront
« invoquer le défaut d'inscription, à moins qu'ils ne
« puissent prouver que ce défaut d'inscription a été
« voulu, par les conjoints qui ne tenaient pas à rendre
« telles ou telles conventions opposables aux tiers,
« mais se contentaient de l'effet à produire entre eux ».

En Allemagne, aucun doute n'est possible ; l'article 1435 déclare en effet que si les tiers ont connu, en dehors du registre matrimonial, le régime véritable des époux, ils doivent nécessairement le subir. Mais dans ce cas, bien entendu, les époux devront prouver que les personnes avec lesquelles ils ont traité, étaient au courant de leurs conventions matrimoniales.

Cette disposition de l'article 1435 est parfaitement logique puisque le code allemand n'a pas rendu obligatoire la publicité des régimes matrimoniaux. L'ins-

(1) Manuel de droit civil suisse, tome 1, p. 329.

cription est véritablement facultative (1) : d'une part les époux sont libres de ne pas la requérir, d'autre part, les tiers n'ont pas le droit d'exiger qu'elle soit effectuée (2). On voit ainsi que les inscriptions faites sur les registres n'ont pas une valeur absolue puisque toute convention matrimoniale non inscrite ne doit pas, par cela même, être considérée comme ignorée des tiers.

Remarque

Notons avant de terminer qu'un changement de régime matrimonial, même s'il a été inscrit et publié, ne doit pas nuire aux créanciers antérieurs. L'article 188 § 1 du code civil suisse prend même soin de déclarer : « Les liquidations entre époux et les
« changements de régime matrimonial ne peuvent
« soustraire à l'action des créanciers d'un conjoint ou

(1) Voir code civ. all., art. 1560.

(2) Ces tiers, d'ailleurs, ne courent aucun risque, car ils établiront aisément les conditions dans lesquelles ils ont traité avec les époux. En effet, au moment où ils s'engagent avec les époux, le registre matrimonial ne contient aucune inscription ; et comme, aux termes de l'article 1434, tout contrat de mariage doit être passé en justice ou par devant notaire, il leur sera facile de retrouver le contrat sur la foi duquel ils se sont engagés.

« de la communauté les biens sur lesquels ils pou-
vaient exercer leurs droits (1) ».

Les créanciers pourraient, par exemple, se trouver lésés si des biens ayant appartenu au mari ou à la communauté devenaient, par suite d'un changement de régime, la propriété de la femme, sans que celle-ci fût déclarée personnellement responsable des dettes du mari ou de la communauté. L'alinéa 2 de l'article 188 c. c. suisse, prévoyant le cas, nous dit alors :
« L'époux auquel ces biens ont passé est personnelle-
ment tenu de payer lesdits créanciers ; il peut toute-
fois se libérer de sa responsabilité dans la mesure
où il établit que les biens reçus ne suffisent pas ».
Cette disposition de loi s'applique en particulier à la femme qui, dans le régime légal, aurait prélevé le tiers du bénéfice sur les apports du mari (a. 214 § 1), ou dans le régime de communauté, la moitié de l'actif sur les biens communs. Il aurait peut-être été préférable d'enjoindre à l'époux qui reçoit des biens d'en dresser inventaire, et, s'il néglige cette formalité, de le déclarer responsable sans atténuation.

(1) Cpr. les termes de l'article 179 § 3 qui ont la même signification. Voir également l'art. 1411 du c. civ. all. qui porte qu'en principe les créanciers de la femme, antérieurs à l'établissement du régime de communauté d'administration, continuent à avoir action sur les apports de la femme, même entre les mains du mari.

On a pensé qu'aucun intérêt légitime ne serait sacrifié, si l'on se bornait à lui imposer le fardeau de la preuve que les biens reçus ne suffisent pas à payer les créanciers. Cette preuve étant faite, il ne sera recherché que pour la valeur des biens qui lui sont parvenus. Dans les limites que nous venons d'indiquer les créanciers acquièrent un nouveau débiteur, mais ne perdent nullement leurs droits contre leur premier obligé. Ainsi, ils se trouvent protégés efficacement contre les modifications ultérieures que les époux voudraient apporter à leur régime matrimonial. La loi suisse, peut-on-dire, a considéré que ces créanciers, même ne possédant pas de gage spécial, avaient un droit acquis sur le patrimoine de leurs débiteurs mariés.

Tel est, dans ses grandes lignes, le système de publicité adopté en Allemagne et en Suisse. Ainsi s'est trouvée solutionnée la difficulté qui, au fond, constitue la plus grave objection contre la mutabilité des conventions matrimoniales : accorder aux époux le droit de modifier le régime de leurs biens et donner toutes garanties aux tiers qui voudront traiter avec eux. Préoccupés surtout par cet important problème, le législateur allemand et le législateur suisse se sont attachés à sauvegarder l'intérêt de ces tiers. Ils ont rédigé leur code de façon que jamais ces personnes

ne se trouvent surprises par des conventions matrimoniales tenues secrètes. En Suisse, nous l'avons vu, on tient compte uniquement de l'existence ou de l'absence d'inscriptions sur les registres. Les tiers sont réputés connaître tout ce qui est inscrit, mais ont le droit d'ignorer ce qui ne l'est pas. En Allemagne, au contraire, ils peuvent se voir opposer un régime qui n'a pas fait l'objet d'une telle publicité : cela a lieu quand ils (les tiers) ont connu ce régime par une autre voie que celle des registres matrimoniaux (a. 1435). La loi suisse nous paraît donner sur ce point une solution préférable à celle de la loi allemande. En effet, elle ne regarde les tiers comme renseignés *que si une inscription a eu lieu*, fait facile à contrôler, et ne laissant place à aucune contestation.

CONCLUSION

On le voit, les législations récentes de nos voisins ont pu établir un système de publicité plus ou moins parfait, mais elles n'ont pas douté qu'il fût nécessaire d'abandonner le principe de l'immutabilité. En présence de cet exemple, il semble que le législateur français lui-même n'ait plus à se demander s'il faut supprimer l'article 1395 c. civ. La seule question qu'il doive se poser est celle-ci : comment prévenir les tiers des changements que les époux apporteront alors à leur régime matrimonial ?

Aurait-il besoin pour cela de créer des registres spéciaux où seraient transcrits les contrats de mariage et leurs modifications subséquentes ? Nous ne le croyons pas. Il lui suffirait, à notre avis, d'étendre l'application de notre loi du 10 juillet 1850. Celle-ci ordonne d'insérer dans l'acte civil de mariage la déclaration de l'existence ou de la non-existence d'un contrat antérieur. Elle

serait avantageusement complétée par une disposition réclamant une formalité analogue pour toute convention matrimoniale faite par les époux au cours de leur mariage. On exigerait qu'une mention soit faite en marge de l'acte de mariage indiquant la date de la convention avec le nom et l'adresse du notaire rédacteur. Et, en effet, de telles stipulations, comme tout contrat antérieur à l'union des époux, ne pourraient avoir lieu que par l'intermédiaire de cet officier ministériel. Ce dernier se verrait obligé de dresser un certificat de même nature que celui prescrit par l'article 1394, § 3, du code civil et de le faire parvenir aux personnes qui ont la garde des registres renfermant l'acte de mariage des époux (1). Enfin, le maire, prévenu par ce moyen, aurait le devoir d'accuser réception du certificat au notaire et de faire l'inscription dont nous parlions tout à l'heure (2 et 3).

(1) L'envoi du certificat devrait être effectué dans un délai très bref, à déterminer pratiquement, et « *sous pli recommandé* », afin d'éviter toute contestation entre deux officiers publics également dignes de foi aux yeux du législateur.

(2) L'inexécution de ces prescriptions devrait entraîner pour l'officier public négligent une amende de la nature de celle édictée par le deuxième alinéa de l'article 1394 du code civil.

(3) On pourrait tenir compte également de ce fait qu'il existe dans les grandes villes des « *livrets de famille* ». La loi nouvelle ferait bien, croyons-nous, d'exiger en outre que les mentions indiquées au texte soient portées sur ces livrets. Il ne faut pas oublier que ces derniers, malgré leur utilité pratique, ne sont pas reconnus légalement ; ce serait là une excellente occasion de remédier à cet état de choses.

Ces nouvelles formalités ne bouleverseraient en rien les habitudes de la pratique. Après comme avant, le tiers, s'il est prudent, se fera représenter par les époux une copie de leur acte de mariage. Avec notre réforme, il y aurait lieu simplement d'exiger que cette copie soit récente pour que l'on puisse y trouver la mention des dernières conventions matrimoniales passées. Le tiers, ainsi prévenu, n'aurait plus alors qu'à demander à voir une expédition de ces conventions.

Cependant, une fraude semble encore possible. Les conjoints pourraient peut-être présenter une copie de leur acte de mariage levée depuis peu de jours, mais ne parlant pas d'un changement de régime plus récent encore. Pour prévenir la fraude, il suffirait d'établir une disposition de loi déclarant en substance ceci : les conjoints ne pourront se prévaloir vis-à-vis des tiers engagés avec eux, d'un autre régime que celui dont ils se seront réclamés à l'instant de l'engagement.

Ainsi la réforme que nous venons de proposer permettrait de faire disparaître de nos lois, sans dommage pour les tiers, le principe de l'immutabilité. D'autre part, nous avons exposé, au cours de notre travail, les raisons qui militent en faveur de cette disparition. Il nous suffira dès lors d'ajouter, en terminant, que la faculté pour les époux de modifier leurs conventions

matrimoniales est de plus en plus réclamée par nos jurisconsultes. « Cette faculté, dit par exemple M. Léon Adam, qui existe en Allemagne, en Autriche, et que nous trouvons expressément énoncée dans le nouveau code civil suisse (a. 179), est, à coup sûr, une des évolutions les plus louables qui aient été faites dans le droit matrimonial. Elle est dans la logique des choses, car elle peut répondre à des nécessités impérieuses ; et, d'un autre côté, elle correspond à cet accord, à cette association constante de deux existences, aux différentes périodes desquelles il peut être profondément injuste et dangereux d'imposer une situation qui ne répond plus à leurs besoins les plus légitimes (1). »

A. HUGOT.

Vu par le Président de la thèse,

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu le Doyen,

P. CAUVÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

(1) L. Adam, étude sur le nouveau code civil suisse : *Bullet. de la Soc. de législ. comp.*, année 1908 1909, page 80.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction	7
Origine du Principe	9
Motifs et avantages de l'Immutabilité	27
Inconvénients du Principe de l'Immutabilité	46
Législations étrangères	84
Conclusion	107



La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

the fact of a certain degree of approximation
of the principles and opinions of the two parties;
and opinions of the two parties are not
of the same nature.

